

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social



TESIS DOCTORAL

Derechos fundamentales en el trabajo y derecho internacional

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Juan Pablo Severin Concha

Director

Fernando Valdés Dal-Ré

Madrid, 2017



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

**DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO
Y DERECHO INTERNACIONAL**

Tesis para optar al Grado de Doctor

JUAN PABLO SEVERIN CONCHA

Director
DR. FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ

MADRID – 2015

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO 1. ACERCA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	7
1.1. Los derechos fundamentales	7
1.1.1. Fundamentos teórico-doctrinales de los derechos fundamentales.....	8
1.1.2. Formación y evolución de los derechos fundamentales	13
1.1.3. Precisiones terminológicas y definición de los derechos fundamentales .	28
1.1.4. Clasificaciones de los derechos fundamentales.....	38
1.1.5. La evolución de los derechos fundamentales	41
1.1.6. Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados.	44
1.1.7. Sobre la oposición o conflicto entre derechos fundamentales en la relaciones entre particulares	53
1.2. Los derechos fundamentales y el trabajo humano.....	63
1.2.1. La constitucionalización del Derecho del Trabajo y el conflicto iusfundamental en el ámbito laboral	63
1.2.2. Los derechos fundamentales laborales o específicos.....	67
1.2.3. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador o derechos inespecíficos.	71
1.2.4. Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes empresariales.....	79
1.2.4.1. Los poderes empresariales y la libertad de empresa.....	79
1.2.4.2. Cuestionamientos al conflicto iusfundamental entre los derechos de los trabajadores y los poderes empresariales	82
1.2.4.3. Titularidad del derecho a la libertad de empresa.....	83
1.2.5. Nota sobre los derechos fundamentales en el trabajo y la buena fe.	87
CAPÍTULO 2. LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	91
2.1. El proceso de internacionalización de los derechos fundamentales.....	91
2.2. Los derechos fundamentales en el derecho internacional.....	99
2.2.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Convencional de los Derechos Humanos	99
2.2.2. La Organización Internacional del Trabajo y los derechos fundamentales en el trabajo	110

2.2.3.	Los derechos fundamentales en el Derecho comunitario	115
2.3.	Las normas internacionales ante los ordenamientos jurídicos internos.....	120
2.3.1.	Incorporación de normas internacionales sobre derechos fundamentales a los ordenamientos internos.....	120
2.3.2.	Jerarquía o status de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico interno, en particular aquellas sobre derechos fundamentales	122
2.3.2.1.	El problema de la jerarquía en ordenamiento jurídico chileno	125
2.3.2.2.	Los instrumentos sobre derechos humanos en España	131
2.3.3.	Los derechos fundamentales en el Derecho comunitario y el Derecho interno	136
2.4.	Consideraciones acerca de la fundamentalidad de las normas internacionales de derechos humanos y el conflicto con las normas internas	144
2.5.	La función desempeñada por el derecho internacional y los instrumentos utilizados por los jueces	149
CAPÍTULO 3. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA DEL TRABAJADOR EN LA NORMATIVA Y LA JURISPRUDENCIA		
3.1.	El derecho de igualdad y la prohibición de no discriminación	153
3.1.1.	Conceptualización y marco normativo	153
3.1.1.1.	Acerca de la igualdad y la discriminación	153
3.1.1.2.	Igualdad y no discriminación en el Derecho español y chileno.	164
3.1.1.3.	Igualdad y prohibición de la discriminación en los instrumentos internacionales y supranacionales	179
3.1.2.	Igualdad de hombres y mujeres y la prohibición de la discriminación por razón de género.....	190
3.1.2.1.	Panorama normativo de la discriminación por razón de sexo en el Derecho internacional y supranacional.....	192
3.1.2.2.	Tratamiento en particular de algunos asuntos en el marco de la discriminación por razón de sexo.....	196
3.1.2.3.	Breve nota sobre el enfoque de las políticas frente a la discriminación por razón de sexo: la transversalidad de género.....	251
3.1.3.	Dos cuestiones sobre otros motivos discriminatorios.....	254
3.1.3.1.	La discriminación por la orientación sexual o identidad de género y su autonomía como motivo prohibido de distinción	254

3.1.3.2.	La discapacidad y la discriminación por vinculación	257
3.1.4.	Orientaciones en torno a la discriminación en el trabajo	258
3.2.	La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión	264
3.2.1.	Las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión en instrumentos internacionales y supranacionales	268
3.2.2.	La libertad religiosa	273
3.2.2.1.	Contenido y titulares de la libertad religiosa.....	273
3.2.2.2.	Libertad religiosa y trabajo	283
3.2.2.2.1.	Libertad religiosa de los trabajadores en empresas neutras	289
3.2.2.2.2.	El trabajo ideológico.....	304
3.2.2.3.	Criterios para resolver los conflictos en materia de libertad religiosa y trabajo	315
3.3.	El derecho a la vida privada.....	319
3.3.1.	Conceptualización y marco normativo	319
3.3.1.1.	El derecho a la intimidad, la privacidad o la vida privada	319
3.3.1.2.	El derecho a la vida privada en instrumentos internacionales y supranacionales	329
3.3.1.3.	Sobre la constelación de derechos en torno a la vida privada y en particular acerca del tratamiento de datos personales del trabajador	331
3.3.2.	Algunas cuestiones sobre el control empresarial y la privacidad de los trabajadores	338
3.3.2.1.	Registros sobre la persona del trabajador y sus efectos personales.	338
3.3.2.2.	Sistemas tecnológicos de vigilancia y control en el trabajo	343
3.3.2.3.	El control empresarial de las comunicaciones del trabajador	362
3.3.2.4.	Derecho del trabajador a la propia imagen	382
3.3.2.5.	Derecho al honor de la persona del trabajador	391
3.3.3.	Lineamientos sobre derecho a la vida privada y trabajo	397
3.4.	La libertad de expresión.....	403
3.4.1.	Conceptualización y marco normativo	403
3.4.1.1.	Contenido de la libertad de expresión.....	403
3.4.1.2.	La libertad de expresión en instrumentos internacionales y supranacionales	414
3.4.2.	La libertad de expresión del trabajador.....	416

3.4.2.1. Eficacia en la empresa y límites como conflicto iusfundamental ...	416
3.4.2.2. Ejercicio de la libertad de expresión y algunas cuestiones en torno a sus límites	423
3.4.3. Síntesis sobre el derecho a la libertad de expresión de la persona del trabajador.....	433
CONSIDERACIONES FINALES.....	439
BIBLIOGRAFÍA	445
SENTENCIAS CITADAS	479
RESUMEN	497
<i>ABSTRACT</i>	499

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales en la relaciones entre particulares y, en especial, en el ámbito de las relaciones de trabajo ha tenido un notable desarrollo en las últimas décadas. Más allá del modo en que estos son reconocidos, hoy es posible afirmar que en nuestros países los derechos fundamentales del trabajador se constituyen en un límite para el ejercicio de las facultades empresariales.

A partir del siglo XX, sobre todo desde mediados del mismo, se describe un notable desarrollo de instrumentos internacionales que consagran derechos de todas las personas y otros que lo hacen específicamente respecto de los trabajadores, destacando, entre estos últimos, aquellos que son fruto de la labor de la Organización Internacional del Trabajo. Respecto de éstos y aquellos se han institucionalizado, aunque de manera limitada, mecanismos de control y jurisdiccionales de carácter internacional. Junto a lo anterior, es posible verificar que, en el marco de sus propios ordenamientos constitucionales, los tribunales nacionales están aplicando instrumentos internacionales de derechos humanos y normas internacionales del trabajo en el orden interno.

Nos proponemos, en primer lugar, revisar el surgimiento y desarrollo de la noción de derechos fundamentales, a fin de clarificar su contenido e implicaciones, sus potencialidades y límites. En esta revisión consideraremos tanto la evolución de los fundamentos teórico-doctrinales de los derechos, como la identificación de determinados procesos e hitos históricos que han sido relevantes para tal desarrollo. Preciado qué es lo que hoy día significa la expresión derechos fundamentales, analizaremos su eficacia horizontal y los conflictos iusfundamentales entre los particulares. A continuación, abordaremos la vinculabilidad de estos derechos en el ámbito de las relaciones de trabajo. En este análisis será preciso distinguir entre los derechos específicamente laborales, en su doble vertiente de derechos sociales de libertad y de prestación, y los derechos fundamentales de la persona del trabajador o derechos inespecíficos. Hecho lo anterior, trataremos el conflicto entre los derechos fundamentales del trabajador y los poderes empresariales, considerando la comprensión de éste como un conflicto iusfundamental, atendiendo, por una parte, a las dificultades

que se han presentado para arribar a tal comprensión, producto de una visión excesivamente contractualizada y, por otra, a algunos cuestionamientos a la misma.

En segundo lugar, se revisará el proceso de internacionalización de los derechos fundamentales, examinando su reconocimiento en instrumentos de derechos humanos, universales y regionales, y en el sistema normativo de la Organización Internacional del Trabajo. Luego, se analizará la incorporación de las normas internacionales sobre derechos fundamentales en los ordenamientos nacionales, la determinación de la relación entre los derechos reconocidos en el orden internacional y aquellos consagrados constitucionalmente como fundamentales y la clarificación del *status* o *locus* que ocupa la normativa internacional vigente en el orden interno, para culminar revisando el papel de los tribunales nacionales en la aplicación del Derecho internacional en el orden interno. En esta parte se considerarán tales aspectos en los ordenamientos de Chile y España.

En la última parte, nos detendremos en el análisis en particular de algunos derechos fundamentales de la persona del trabajador, considerando su reconocimiento en instrumentos internacionales y la aplicación de dicha normativa por tribunales y órganos de control internacionales, en relación con la garantía que de los mismos se contempla en los ordenamientos de Chile y España y, en su caso, con los criterios jurisprudenciales de los tribunales nacionales. En esta parte, en primer lugar, nos referiremos a la prohibición de no discriminación, centrando nuestro análisis en la igualdad de hombres y mujeres y la prohibición de la discriminación por razón de sexo, sin perjuicio de abordar un par de cuestiones sobre otros motivos discriminatorios que nos han parecido de relevancia y pertinencia. En segundo lugar, abordaremos las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión, realizando revisión más detenida de esta última, la libertad religiosa. En tercer lugar, revisaremos el derecho a la vida privada, intimidad o privacidad, junto a otros derechos vinculados a la tutela de la persona y de su dignidad, como son el derecho al secreto o inviolabilidad de las comunicaciones, el derecho a la autodeterminación informativa, el derecho a la propia imagen y el derecho al honor. Finalmente, en cuarto lugar, trataremos acerca de libertad de expresión, considerando las dos manifestaciones más relevantes de este derecho como son la libertad de opinión, o libertad de expresión en sentido estricto, y la libertad de información.

CAPÍTULO 1. ACERCA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1. Los derechos fundamentales

Para una adecuada comprensión de la noción de derechos fundamentales, a fin de clarificar su contenido e implicaciones, sus potencialidades y límites, nos parece pertinente, en primer lugar, revisar su surgimiento y desarrollo, considerando tanto los fundamentos teórico-doctrinales de los derechos, como la identificación de determinados procesos e hitos históricos relevantes en su configuración. Luego de ello, buscaremos precisar qué es lo que hoy día significa la expresión derechos fundamentales.

Cabe consignar que, como anota Pérez Luño, “[e]l término «derechos fundamentales», *droits fondamentaux*, aparece en Francia hacia el año 1770 en el marco del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789”¹. Carbonell afirmará con entusiasmo que “[l]a Declaración contiene, leída desde el presente, el pasado y el futuro del Estado constitucional, lo que ha sido, lo que ha querido ser y lo que probablemente será el constitucionalismo en relación con los derechos fundamentales”². Sin embargo hay quienes, como Cruz Villalón, afirman categóricamente que “los derechos fundamentales nacen con la Constituciones” y “ello supone que su acta de nacimiento es precisa: la historia de los derechos fundamentales comienza en 1776, ni antes ni después”³. Entonces, siendo el origen de la expresión claramente francés, su configuración hasta llegar a lo que ahora entendemos por derechos fundamentales será fruto de diversos procesos históricos y desarrollos doctrinales.

Es cierto, como Bobbio nos señala, que respecto de los derechos humanos y las libertades fundamentales “no se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados”, en tanto considera

¹ PÉREZ LUÑO, Antonio: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 7ª Edición, Madrid, 1998, p.29.

² CARBONELL, Miguel: *En los orígenes del Estado Constitucional: la Declaración Francesa de 1789*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Editorial Iustitia S.A.C., Lima, 2012, p.113.

³ CRUZ VILLALÓN, Pedro: “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, Núm. 25, 1989, p.41.

“el problema del fundamento no como inexistente sino como, en un cierto sentido, resuelto⁴, de tal modo que no debemos preocuparnos más de su solución”⁵. Así, para dicho autor “hay tres modos de fundar los valores: deducirlos de un dato objetivo constante, por ejemplo la naturaleza humana; considerarlos como verdades evidentes por sí mismas, y, finalmente, descubrir que en un determinado período histórico son generalmente consensuados (la prueba, precisamente, del consenso)” y, en su concepto, “la Declaración Universal de Derechos Humanos puede ser aceptada como la mayor prueba histórica que nunca haya existido del *consensus omnium gentium* acerca de un determinado sistema de valores”. Dando cuenta de dicho consenso, en su momento, Maritain, uno de los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, habría señalado que “estamos de acuerdo acerca de los derechos, pero con la condición de que nadie nos pregunte por qué”⁶.

A pesar de tan categóricas y valiosas opiniones, nos parece relevante revisar, aunque sea brevemente, los fundamentos teórico-doctrinales de estos derechos, junto con identificar procesos e hitos históricos que nos han permitido llegar al estadio actual en este ámbito.

1.1.1. Fundamentos teórico-doctrinales de los derechos fundamentales

En una perspectiva diferente a la que hemos citado de Bobbio sobre como fundar los derechos, Fioravanti nos presenta los basamentos desde el plano teórico-doctrinal. En este, en su concepto, “hay tres formas de fundamentar (*fondare*) las libertades⁷ [...] y, por tanto, de propugnar su reconocimiento y las oportunas de garantía de parte del ordenamiento” y esta aproximación “puede ser de tipo historicista, individualista o

⁴ BOBBIO, Norberto: *El tiempo de los derechos*, traducción de DE ASÍS ROIG, Rafael, Editorial Sistema, Madrid, 1991, p.65-66.

⁵ BOBBIO: *El tiempo de los derechos*, p.64.

⁶ Según se cita en GLENDON, Mary Ann: *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Nueva York, Random House, 2001, p.77, citada por HUNT, Lynn: “Orígenes revolucionarios de los derechos humanos”, en *Istor*, año V, número 19, México, invierno de 2004, p.49, disponible [en línea] en http://www.istor.cide.edu/archivos/num_19/dossier3.pdf [citado en mayo de 2015].

⁷ Este autor comprende el término libertades “como derechos”, acerca de los cuales discuten los juristas, “indagando sobre el lugar que las posiciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos ocupan dentro de un ordenamiento jurídico positivo y, en particular, sobre las garantías efectivas que tal ordenamiento es capaz de ofrecer” y que se encuentran condicionadas por “la cultura de las libertades que en un momento histórico concreto es capaz de producir con la acción de los ciudadanos y de los mismos poderes públicos” (FIORAVANTI, Maurizio: *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Quinta edición, 2007, Madrid, pp.23 y 24).

estatalista”⁸. Este autor afirma que “en los acontecimientos que se desarrollan a partir de las revoluciones de finales del siglo XVIII ninguno de los tres modelos tiende a permanecer aislado respecto a los otros” y “cada uno de ellos tiende a combinarse con uno de los otros dos, y que esto sucede excluyendo de la combinación al tercer modelo, que no es irrelevante por tanto, sino más bien objeto de una precisa y constante referencia polémica”⁹. Fioravanti expresa que “de esta manera, tenemos una doctrina individualista y estatalista de las libertades, construida en clave antihistoricista (en la revolución francesa), una doctrina individualista y historicista, construida en clave antiestatalista (en la revolución americana); y, finalmente, una doctrina historicista y estatalista, construida en clave antiindividualista (en los juristas del Estado de derecho del siglo XIX)”¹⁰.

En el modelo historicista “se pone en primer plano la fuerza imperativa de los derechos adquiridos, es decir, de los derechos que el tiempo y el uso -precisamente la historia- han confirmado de tal modo que los ha vuelto indisponibles para la voluntad contingente de quienes ostentan el poder político”¹¹. Este modelo, fuertemente marcado por la tradición de Inglaterra, privilegia las libertades civiles, especialmente la libertad personal y la propiedad privada.

Esta doctrina se funda sobre “la imagen de la continuidad entre las libertades medievales y modernas” y así, como constata Fioravanti, habrá tratadistas que subrayen que “en materia de libertades y de tutela, no hay solución de continuidad desde la *Magna Charta* de 1215, a la *Petition of Rights* de 1628, el *Habeas Corpus Act* de 1679, al *Bill of Rights* de 1689, hasta llegar [...] a aspectos importantes del constitucionalismo de la época de las revoluciones”¹². Pérez Luño destaca la significación alcanzada por la Carta Magna, la que “se trata de un pacto entre el rey y los nobles, frecuente en el régimen feudal, que en cierto modo suponían en su momento una consagración de los privilegios feudales y, por tanto, una involución desde el punto de vista del progreso político, pero al que la posteridad le ha asignado, por su decisivo papel en el desarrollo de las libertades inglesas, el valor de un símbolo en el proceso de positivación de los

⁸ FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales*, p.25.

⁹ *Ibidem*, p.25.

¹⁰ *Ibidem*, p.25.

¹¹ *Ibidem*, p.26.

¹² FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales*, pp.31-32.

derechos fundamentales”¹³. Al respecto, Aldunate, señala que “usualmente presentada como el hito inicial en la evolución de los instrumentos de protección de los derechos humanos, la Carta constituye más bien una regulación de ciertos derechos que hoy tratamos como materias propias del Derecho Civil, y reglas atinentes a costumbres y privilegios feudales” y que “sólo disposiciones aisladas pueden considerarse como antecedente de preceptos sobre derechos de la persona...”¹⁴. Con todo, Aldunate considera que tal reconocimiento “puede explicarse porque, concedida a los nobles y primados de la Iglesia, la conciencia popular la consideró, con el tiempo, otorgada al mismísimo pueblo inglés, transformándose en uno de los pilares de los «buenos derechos y libertades heredados por el pueblo inglés», los que con el tiempo se fueron extendiendo hasta abarcar a todos los individuos, al menos aquellos de origen inglés y, posteriormente, británico”¹⁵. Cabe advertir, sin embargo, como lo hace Pisarello, que la lectura del constitucionalismo inglés como constitucionalismo historicista, fundado en las antiguas tradiciones, “oculta las discontinuidades existentes en el interior de una historia constitucional en la que no faltan momentos de ruptura que condicionan de manera decisiva las fases posteriores de «estabilidad»”¹⁶.

Desde una mirada moderna es difícil reconocer que lo medieval, conformado a partir de lo que se entiende como el orden natural de las cosas y con una estructura estamental de privilegios, pueda ser útil para constituir los modernos derechos. Con todo, y teniendo presente la advertencia de Pisarello, la historia de Inglaterra da cuenta, en cierto modo, de esta metamorfosis, pues “de libertades estamentales, es decir, principios delimitadores del *status* social, jurídico y político de la persona en régimen de Derecho privado, pasan a ser libertades generales en el plano del Derecho público”, registrándose “una notable ampliación de las libertades reconocidas, extendiéndose su titularidad desde el estricto círculo nobiliario a todos los ciudadanos ingleses”¹⁷. En este sentido, como señala Grimm, en Inglaterra “la revolución no procedió contra, sino a favor del derecho vigente y de las libertades por él garantizadas”¹⁸. Cabe destacar también en el caso de Inglaterra dos aspectos relevantes: el rol de los tribunales en la

¹³ PÉREZ LUÑO: *Los derechos fundamentales*, p.34

¹⁴ ALDUNATE LIZANA, Eduardo: *Derechos fundamentales*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008, pp.14.

¹⁵ *Ibidem*, p.15.

¹⁶ PISARELLO, Gerardo: *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, Madrid, 2011, p.53.

¹⁷ PÉREZ LUÑO: *Los derechos fundamentales*, p.35.

¹⁸ GRIMM, Dieter: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, p.88.

tutela de las libertades y la noción de gobierno moderado o equilibrado¹⁹. Con todo, debemos consignar con Grimm que las declaraciones de derechos vinculaban al ejecutivo y no al Parlamento, pues se entendió que este “había demostrado ser el garante de la libertad y la mayoría de los interesados en ella se veían representados en esa institución, de modo que no existía necesidad alguna de asegurar la libertad contra él”, de manera que, “como representante de los partidarios de la libertad, podía actuar sobre los derechos de libertad sin incurrir en contravención jurídica alguna”²⁰.

El modelo individualista tiende “a fijar la relación entre moderno y medieval en términos de *fractura de época*” y así “la edad moderna -desde el iusnaturalismo del siglo XVII a las declaraciones revolucionarias de derechos y, más allá, hasta el Estado de Derecho y el Estado democrático- es la edad de los derechos individuales y del progresivo perfeccionamiento de su tutela, *precisamente porque* es la edad de la progresiva destrucción del Medioevo y del orden feudal y estamental del gobierno y de la sociedad”²¹. Para este modelo “la asociación política existe ya no como producto de los ajustes prudentes de la historia”, y el antiguo orden natural de las cosas “debe ser abatido para poder construir *ex novo*, para poder edificar un nuevo orden político que se funde sobre la voluntad de los individuos, sobre el consenso de los ciudadanos [...], con el instrumento del *contrato social*”²². Este modelo “reivindica precisamente la *presunción de libertad* y, por tanto, el hecho de que el ejercicio de las libertades no puede ser *guiado* o *dirigido* por la autoridad pública, sino que *simplemente delimitado* por el legislador”²³. En el modelo individualista “se presume la existencia de la *sociedad civil de los individuos* anterior al Estado” y este último interviene “para perfeccionar la tutela, para delimitar con mayor seguridad las esferas de libertad de cada uno, para prevenir el nacimiento de un posible conflicto radical, pero no para la fundar, no para crear”, ya que “derechos y libertades son *reconocidos* por el Estado, pero no creados”²⁴. Destaca Grimm que “las antiguas libertades jurídicas no se habían fundado en la cualidad de persona, sino en un *status* socialmente determinado o en la pertenencia a una determinada corporación, y sólo excepcionalmente habían protegido a individuos, pero jamás a todos, sino únicamente a los privilegiados de forma individual[...], a

¹⁹ Vid. FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales*, p.32-35.

²⁰ GRIMM, Dieter: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, p.88.

²¹ FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales*, p.35.

²² *Ibidem*, p.38.

²³ *Ibidem*, pp.40-41.

²⁴ *Ibidem*, p.41.

diferencia de los derechos fundamentales, que corresponden al individuo en general y cuya validez se funda en el carácter *universal* de la persona”²⁵. Este autor subraya que, en esta comprensión, los derechos son inherentes a los individuos, quienes los poseen por naturaleza, nacen con ellos, diferenciándose así de los antiguos derechos²⁶.

Afirma Fioravanti que este modelo “admite y quiere, al comienzo de la experiencia colectiva, la *sociedad de los individuos políticamente activos*, con su autónoma subjetividad distinta y precedente al Estado, que impone respectivamente la *presunción general de libertad* y la presencia de un *poder constituyente* ya estructurado”²⁷. En la adopción del modelo individualista y contractualista el ejercicio de las libertades políticas “no es sólo un control más eficaz sobre los que arbitrariamente pretenden amenazar las libertades civiles [...]; es también la determinación de la orientación general que deben adoptar los poderes públicos en su actuación, para que esta sea conforme con lo decidido por la sociedad originaria de los individuos políticamente activos”²⁸.

Por último, para el modelo estatalista, según Fioravanti, “la autoridad del Estado es algo más que un instrumento necesario de tutela: es la *condición necesaria* para que las libertades y los derechos *nazcan* y sean alumbrados como auténticas situaciones jurídicas subjetivas de los individuos”²⁹. Este modelo “prescinde de toda referencia a un derecho natural de los individuos precedente al derecho impuesto por el Estado”, de modo que en esta lógica “sostener que el estado de naturaleza es *bellum omnium contra omnes* significa *necesariamente* sostener que no existe ninguna libertad y ningún derecho individual anterior al Estado, antes de la fuerza imperativa y autoritativa de las normas del Estado, únicas capaces de ordenar la sociedad y de fijar las posiciones subjetivas de cada uno”³⁰. Para la cultura estatalista “también es cierto que el Estado político nace de la voluntad de los individuos”, pero “esto no se obtiene ya con un contrato en el que las partes se dan recíprocas ventajas y asumen un compromiso mutuo, sino con un *pact*, acto de subordinación unilateral, no negociable, irreversible y total con el que *todos simultáneamente* se someten al sujeto investido con el monopolio del

²⁵ GRIMM: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, p.78.

²⁶ *Vid. ibídem*, p.78 y 79.

²⁷ FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales*, p.43.

²⁸ *Ibídem*, p.45.

²⁹ *Ibídem*, p.46.

³⁰ *Ibídem*, p.48.

imperium”³¹. A partir de esta decisión, los individuos dejan de ser “descompuesta *multitud* y se convierten en *pueblo o nación*”, y tal conversión es “a través de su *representación unitaria* por parte del Estado soberano”³². Así, retomando la idea inicial de este párrafo, las libertades son “*lo que la ley del Estado quiere que sean*”, de modo que “se pierde completamente la dualidad entre libertad y poder propia del modelo individualista y, también, del historicista”, en tanto “la una y la otra -la libertad y el poder- *nacen juntos* en la reconstrucción estatalista”³³.

Como lo pone en evidencia Fioravanti, desde quienes piensan que el constitucionalismo debe limitar el poder en nombre de realidades y valores que lo preceden esto es cuestionable: “¿Qué garantías puede ofrecer una ley del Estado desligada de toda referencia externa? ¿Quién puede asegurar que los derechos y las libertades fijados en la ley no sean en un instante después anulados por la misma autoridad, en igual ejercicio de su poder soberano? ¿Cuál es entonces la frontera entre un modelo estatalista de las libertades y un modelo totalmente despótico?”³⁴.

Los modelos historicista, individualista o estatalista como formas de fundamentar los derechos desde una perspectiva teórico-doctrinal dan cuenta de las concepciones que estarán en juego en el surgimiento y desarrollo de la noción de los derechos fundamentales, las que iluminarán por adhesión o por contradicción los procesos históricos que se desarrollarán hasta prácticamente inicios del siglo XX.

1.1.2. Formación y evolución de los derechos fundamentales

Una vez revisados los fundamentos teórico-doctrinales de estos derechos, avancemos pasando revista a ciertos procesos e hitos históricos que nos han permitido llegar al estadio actual en este ámbito: la revolución americana y la constitución, la revolución francesa y el principio de legalidad, para concluir con una mirada al tránsito del Estado de Derecho hacia Estado Constitucional de Derecho.

³¹ *Ibidem*, pp.48-49.

³² *Ibidem*, pp.50-51.

³³ *Ibidem*, p.52.

³⁴ *Ibidem*, p.52.

Fioravanti, citando a Matteucci, indica que “se sostiene que el constitucionalismo moderno, entendido como *técnica específica de limitación del poder con finalidad de garantía*, nace no con las declaraciones de derechos de la revolución francesa, sino más bien con la Constitución federal americana de 1787”³⁵. Cruz Villalón, reivindicando el rol fundacional del constitucionalismo americano³⁶ en relación con los derechos fundamentales, señala que estos “son americanos”³⁷. En este sentido, siguiendo a Gerard Stourzh, señala que en el proceso de formación de los derechos fundamentales se “ha distinguido entre un proceso de «fundamentización», común a la metrópolis inglesa y a sus colonias americanas [...] y que no es sino un proceso de «iusnaturalización»; y un proceso de «constitucionalización», que sólo se vive en América, y a partir del cual únicamente se puede hablar de «derechos fundamentales» en sentido estricto”³⁸. En América, para Zagrebelsky, “se producía así una auténtica «revolución copernicana», un cambio «de época» en el modo tradicional de entender las relaciones entre el Estado y los individuos”, que “consiste en la inversión de las relaciones usuales y en la fundamentación del primero sobre los derechos de los segundos y no viceversa, como por el contrario había hecho hasta entonces toda la tradición del derecho público europeo”³⁹.

Aldunate advierte una diferencia radical en el reconocimiento de derechos en América y en Inglaterra, identificando en la *Bill of Rights* del pueblo de Virginia, de 12 de junio de 1776, el paso del reconocimiento de derechos tradicionales a la incorporación del discurso racionalista sobre los derechos. Destaca que “en su redacción ya puede advertirse el cambio: estos derechos no son solamente los «buenos derechos y libertades heredados», la típica fórmula del pensamiento jurídico inglés, sino que *derechos innatos de todos los hombres...*”⁴⁰. En una línea similar, Peces-Barba constata que los textos norteamericanos harán compatibles la “idea de las libertades de los ingleses con una influencia progresiva del iusnaturalismo racionalista y con una identificación de los derechos como derechos naturales”⁴¹.

³⁵ *Ibidem*, p.77.

³⁶ Destacando que en Europa se tomaría razón de ello sólo a partir de un texto de George JELLINEK del año 1895 (*Vid.* CRUZ VILLALÓN: “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, p.43).

³⁷ CRUZ VILLALÓN: “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, p.43.

³⁸ *Ibidem*, p.43.

³⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo: *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, Décima edición, 2011, p.54.

⁴⁰ ALDUNATE: *Derechos fundamentales*, p.20.

⁴¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Curso de Derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 1995, p.149.

La Declaración de Virginia, según Cruz Villalón, “*prefigura* la Constitución en su conjunto”, constatando que de sus dieciséis artículos “ocho están dedicados al diseño de la estructura política del Estado y sólo los restantes a los derechos individuales”, lo que en su concepto pone de manifiesto algo fundamental: “que tanto los derechos del hombre en sociedad como la estructura política de la sociedad son parte, expresión y consecuencia del pacto social, de tal modo que ambos elementos de la Declaración se vinculan por igual a los «derechos naturales»”⁴². Esto, a su entender, significa que “los derechos del hombre en sociedad no son más «iusnaturales» que el Estado”⁴³.

El proceso americano de constitucionalización, que “convierte a los derechos en «derechos fundamentales»”⁴⁴, en concepto de Cruz Villalón tiene lugar a partir de tres fenómenos: en primer lugar, “las Declaraciones de Derechos americanas son parte de las Constituciones”; en segundo lugar, “como derecho positivo que es, la Declaración de Derechos, como el resto de la Constitución, va a quedar a disposición de la potestad constituyente instituida, es decir, del poder de revisión”; y, en tercer lugar, “el control judicial de la constitucionalidad de la leyes, o *judicial review*”⁴⁵. En el mismo sentido Grimm, a propósito de la superioridad jerárquica de los derechos, señalará que “[e]n este acontecimiento del año 1776 donde se halla la cesura decisiva entre las antiguas y las nuevas formas de protección jurídica de la libertad y el que marca el comienzo de la historia moderna de los derechos fundamentales”⁴⁶.

Las Declaraciones de Derechos americanas, afirma Cruz Villalón, “a pesar de todo su revestimiento iusnaturalista, son estrictamente derecho positivo, emanado de una Convención producto de la soberanía popular y sometidas, en lo que a su subsistencia se refiere, a la misma voluntad popular expresada a través de su adecuada delegación”⁴⁷. Aclara Cruz Villalón que “lo que ocurre es que para los americanos van a estar desde el primer momento claras las consecuencias prácticas de la distinción entre

⁴² CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, p.45.

⁴³ *Ibidem*, p.45.

⁴⁴ *Ibidem*, p.46.

⁴⁵ *Ibidem*, p.46, 47 y 48, respectivamente.

⁴⁶ GRIMM, Dieter: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, p.90.

⁴⁷ CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, p.48.

la potestad constituyente (en particular la instituida) y las potestades constituidas (en particular la legislativa)”⁴⁸.

Peces-Barba destaca que “ya en algunos textos de las Colonias está presente la idea de la supremacía de la Constitución sobre la legislación” y será éste “el punto de partida de la jerarquía normativa y del control de constitucionalidad, como forma de protección de los derechos reconocidos en los textos supremos de cada ordenamiento, bien por los tribunales ordinarios, como en el caso de Estados Unidos, o por Tribunales de jurisdicción concentrada, como los Tribunales Constitucionales en el continente europeo a partir de 1920”⁴⁹.

Para Fioravanti en la Constitución federal americana de 1787 y en la historia del constitucionalismo americano “todo está dirigido al principio fundamental del gobierno limitado con fines de garantía”⁵⁰. Afirma este autor que “toda la constitución está construida según el principio de los pesos y contrapesos -*check and balances*-, que pretende que no exista un poder supremo sino que existan sólo poderes autorizados por la constitución y en equilibrio entre ellos”⁵¹. Podemos afirmar que, a la luz del principio de la primacía constitucional, el poder normativo va a corresponder al legislador y sólo este podrá delimitar o limitar los derechos, pero tal poder del legislador tiene mínimos infranqueables y ha de estar sujeto al control de constitucionalidad.

Para Cruz Villalón entre los americanos la “nítida y patente distinción entre el *amending power* y el *legislative power* es lo que va a permitir imponer la afirmación de la supremacía de la norma constitucional y, con ello, el último de los fenómenos que integran el proceso de «constitucionalización» [...], el control judicial de la constitucionalidad de las leyes”⁵².

Cruz Villalón constata que si bien “desde antiguo se encuentra suficientemente documentado cómo en la década que media entre las Constituciones de los Estados y la Constitución Federal los jueces americanos comienzan a declarar su propia competencia

⁴⁸ *Ibidem*, p.48.

⁴⁹ PECES-BARBA: *Curso de derechos fundamentales*, p.150.

⁵⁰ FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales*, p.92.

⁵¹ *Ibidem*, p.92.

⁵² CRUZ VILLALÓN: “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, p.48.

para examinar la constitucionalidad de las leyes y, en su caso, negarles aplicación, llegando efectivamente a hacerlo en algún que otro caso [...] sólo con el caso *Marbury vs. Madison* se consolidaría el principio de la *judicial review*”⁵³. Esta sentencia del presidente del Tribunal Supremo John Marshall, de 24 de febrero de 1803, afirmará la facultad de dicho tribunal para juzgar la constitucionalidad de las leyes. A partir de ella, como afirma Matteucci, “[l]a revisión de las leyes a través del proceso es así definitivamente afirmada; y se había afirmado como el elemento esencial de una constitución escrita, cuyas normas eran superiores a las emanadas por el poder legislativo”⁵⁴.

El modelo francés para Peces-Barba “es un ejemplo puro de formulación racionalista y abstracta de los derechos, como derechos naturales, en ruptura total con la tradición histórica de las Leyes fundamentales de la monarquía”, con todo -aclara Peces-Barba- “la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 está influida y condicionada por la situación histórica en que se produjo, en los inicios de la Revolución francesa y por la forma de sus debates y de su aprobación”⁵⁵. Para el citado autor, la del año 1789 “es más que una Declaración de derechos y significa el meollo del moderno constitucionalismo, gobierno de la ley, igualdad formal, soberanía popular y separación de poderes”⁵⁶.

Para Fioravanti, en la Revolución Francesa “en contraposición con el pasado del antiguo régimen, existen sólo dos valores político constitucionales: el individuo y la ley como expresión de la soberanía de la nación”⁵⁷. Para Cruz Villalón en Europa continental, a partir de la Revolución Francesa, “los derechos comienzan y acaban con el principio de legalidad [...] y la cuestión es que el principio de legalidad no nos resulta por sí mismo suficiente para hablar de «derechos fundamentales»”⁵⁸. Fioravanti afirma que “el *legicentrismo* es el punto sobre el cual la revolución media entre individualismo y *estatalismo*”⁵⁹. Agrega que “para los revolucionarios franceses y para la misma Declaración de derechos, la ley es algo más -y distinto- que un *instrumento técnico* para

⁵³ *Ibidem*, p.48

⁵⁴ MATTEUCCI, Nicola: *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, trad. de ANSUÁTEGUI, Francisco Javier y MARTÍNEZ NEIRA, Manuel, Trotta, Madrid, 1998, p.169.

⁵⁵ PECES-BARBA: *Curso de derechos fundamentales*, p.151.

⁵⁶ *Ibidem*, p.151.

⁵⁷ FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales*, p.58.

⁵⁸ CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, p.49.

⁵⁹ FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales*, p.62.

garantizar mejor los derechos y libertades que ya se poseen [...] es más bien *un valor en sí* y no un mero instrumento, porque sólo gracias a su autoridad *se hacen posibles* los derechos y las libertades de todos: con su ausencia, faltando un legislador firme y autorizado, se caería en el detestado pasado de la sociedad de los privilegios del antiguo régimen”⁶⁰.

Aunque Peces-Barba destaca que el modelo francés “reconoce la vinculación de los derechos con la Constitución”, lo que “supone la necesidad de la positivación para la plenitud de unos derechos, que se presentan, sin embargo, como naturales”⁶¹, hay otros que cuestionan fuertemente tal vinculación. Así Cruz Villalón afirma que “con independencia de que las Declaraciones francesas no hubieran acompañado a las americanas en el proceso de constitucionalización, hay que señalar ahora que, en Francia, la constitucionalización de los derechos se va a producir en forma de un intento fracasado”⁶². Explica que “tenemos la peculiaridad francesa de unos derechos que en un documento (la Declaración) son «iusnaturalizados» y en otro (la Constitución) son «constitucionalizados»”, pero hace presente que “en Francia se tiende a entender que los derechos mismos donde están es en la Declaraciones (como principios) y que lo que está en las Constituciones son «las garantías» de estos derechos (como derecho positivo)”⁶³. Agrega que “el objetivo de las garantías es, pues, la constitucionalización en todo su alcance, es decir, los derechos como derechos fundamentales”, pero –añade este autor– “este objetivo fracasa porque las Constituciones se limitan a proclamar la garantía -y la consiguiente limitación del legislador- sin especificar nunca cuál sea el remedio frente a una vulneración de los derechos por parte del legislador” y -afirma Cruz Villalón- “ante esta «laguna» -si es que realmente lo era-, el que en línea de principio sería el «remedio natural», la tutela judicial, ni siquiera hace el intento de su afirmación”⁶⁴. En este sentido, Fioravanti nos explica que “la revolución no puede ni quiere conceder un papel

⁶⁰ *Ibidem*, p.62.

⁶¹ PECES-BARBA: *Curso de derechos fundamentales*, p.152. No obstante, añade que, con ello, se “expresa una contradicción que está presente en todo el iusnaturalismo racionalista”.

⁶² CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, p.49.

⁶³ *Ibidem*, p.50.

⁶⁴ *Ibidem*, p.51. Este autor hace presente que se explicará que “la prohibición legal del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, se encuentra en el Decreto de 16 de agosto de 1790, en cuyo título II, artículos 11-12, se dispone que «los tribunales no podrán tomar parte alguna, ni directa ni indirectamente, en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir o suspender la ejecución de los Decretos del Cuerpo legislativo sancionados por el Rey, so pena de incurrir en responsabilidad”, pero que “poco importa el que, como fácilmente puede verse, la ley fuera dirigida a excluir las prácticas a través de las cuales los antiguos *Parlements* habían ejercido de hecho un veto sobre las leyes” (*Ibidem*, p.51).

garantizador importante a los jueces, porque parte de la experiencia histórica del Estado absoluto que la condena a ver a los jueces o como funcionarios del Estado, o como enemigos de la unidad política de la nación en el caso que estos, como herederos de privilegios aristocráticos, hubiesen querido independizarse de la voluntad política soberana hasta el punto de poderla contestar eficazmente”⁶⁵. Pisarello nos recuerda que, en el marco de la Constitución de 1791, los jueces y tribunales “por mandato Constitucional no podían «ingerirse en el ejercicio del poder legislativo, o suspender la ejecución de las leyes»”⁶⁶. Para Zagrebelsky estamos frente a la paradoja de que “en el país cuya principal contribución al desarrollo de las concepciones constitucionales viene presentada sin duda alguna por los derechos humanos, lo que se afianzó no fue la posición central de los derechos, sino el denominado *légitimisme*”⁶⁷.

Cruz Villalón advierte un segundo momento del proceso que es “el de la «desnaturalización»”, pues “a partir de 1795 las Declaraciones de Derechos desaparecen; sólo quedan las Constituciones con, en su caso, las «garantías de los derechos» o “si se quiere, «las garantías sin los derechos»”⁶⁸. Con ello, afirma este autor, “desaparece «el derecho natural», y así, incluso, aparece un «positivismo teórico»” y “no por ello el derecho natural es sustituido por el derecho positivo”⁶⁹. Lo anterior, porque, en primer lugar, “ni aún las garantías son derecho de aplicación inmediata” y “el ejercicio de los derechos por los ciudadanos exige la *interpositio legislatoris*” y, en segundo lugar, porque “el principio del sometimiento del juez a la ley dictada por el Parlamento sigue sin admitir matización alguna”⁷⁰.

Cruz Villalón nos refiere a un tercer momento del modelo francés, en el entendido de la continuidad de éste en el modelo liberal y en el convencimiento de que, con algunas salvedades, el panorama francés es el panorama europeo del siglo XIX. Este tercer momento lo denomina “de la «desconstitucionalización»”, y en él identifica “un momento particularmente importante por cuanto corresponde al período de vigencia

⁶⁵ FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales*, p.72.

⁶⁶ PISARELLO: *Un largo Termidor*, p.75.

⁶⁷ ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*, p.53. Para este autor, más allá de las intenciones de los constituyentes de 1789-1791 la *Déclaration* queda “arrojada al limbo de las genéricas proclamaciones políticas, carentes de incidencia jurídica por sí mismas e insusceptibles de aplicación directa en las relaciones sociales” (*Ibidem*).

⁶⁸ CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, p.51.

⁶⁹ *Ibidem*, p.52.

⁷⁰ *Ibidem*, p.52.

de la Constitución de 1875, es decir, con diferencia, el más extenso e importante en la historia constitucional francesa” y en el cual “como es conocido, las leyes constitucionales que integran esta Constitución se limitan a la estricta organización de los poderes, sin incorporar el menor elemento de «parte dogmática»” y “desaparecen así, por completo, tanto «los derechos» como «las garantías»”⁷¹.

Frente al problema del reconocimiento y garantía constitucional de los derechos fundamentales, el legicentrismo y la limitación del control constitucional judicial de las leyes, Fioravanti afirmará que “no se llegó en absoluto a cerrar la cuestión de la garantía de los derechos”, lo que lo lleva a formular la pregunta de “¿cómo y por qué el legislador y el conjunto de los poderes constituidos deben sentirse vinculados a los derechos naturales individuales?”⁷². A su juicio la respuesta de la revolución es “tremendamente simple: el legislador *no puede lesionar* los derechos individuales porque es *necesariamente* justo; y es tal porque encarna en sí la voluntad general del pueblo o nación”⁷³ y, por ello, “no existe entonces ningún intento serio de contraponer el derecho natural de las libertades al derecho positivo dado por las leyes del Estado, individualizando en el primero un verdadero límite externo a la autoridad del segundo del cual partir para construir un sistema de garantías”⁷⁴. Así, “el punto débil de la revolución está en la garantía de los derechos” y ésta “está ligada al concepto de *rigidez constitucional*, es decir, a la presencia de una constitución que sea como tal capaz de imponerse, para fines de garantía, sobre las voluntades normativas del poder político, incluida la ley, tan exaltada en el curso de la revolución”⁷⁵.

El liberalismo decimonónico europeo será profundamente crítico de la revolución y al mismo tiempo será heredero de la misma. El liberalismo se dirigirá contra “el *constructivismo racionalista*, contra la idea de que la sociedad puede ser gobernada, dirigida y programada a partir de unos principios directivos contenidos en una constitución creada por el cuerpo soberano constituyente [...], piensa que la revolución está gravemente comprometida por su *vocación política voluntarista*, que

⁷¹ CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, p.52.

⁷² FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales*, pp.72 y 73.

⁷³ *Ibidem*, p.73.

⁷⁴ *Ibidem*, p.73.

⁷⁵ *Ibidem*, p.74. FIORAVANTI destaca la paradoja revolucionaria de establecer en el artículo 16 de la Declaración de Derechos que “«Toda sociedad que no asegura la garantía de los derechos, ni determina la separación de poderes, no tiene constitución»; pero no puede después, y no quiere, crear una verdadera y propia práctica de rigidez constitucional” (*Ibidem*, p.74).

conduce inevitablemente a *un ilimitado poder* del pueblo o de sus representantes por cambiar la constitución y las reglas del juego”⁷⁶. Desde el liberalismo se ve que “la constitución como norma directiva fundamental de los revolucionarios franceses amenaza a la vez, y al mismo tiempo, *la autonomía de la sociedad civil y la estabilidad de los poderes públicos*, dando lugar a *un dirigismo estatalista*, o a *un contractualismo revolucionario* que continuamente reclama al pueblo el ejercicio del poder constituyente”⁷⁷. Por ello, rechaza “no solamente la supremacía del poder constituyente como motor primero de la constitución como norma directiva fundamental, sino que también la supremacía de la sociedad civil de los particulares como fundamento de la constitución como norma fundamental de garantía, que abandona en exceso la esfera de la política y de las instituciones a las voluntades de los individuos y de las fuerzas sociales”⁷⁸.

Sin embargo, “el liberalismo europeo *tiene necesidad de su estatalismo*, que se manifiesta en la *fórmula europeo-continental del Estado de derecho*: por una parte «de derecho», porque se empeña en la tutela de la sociedad y de los individuos frente a las exigencias dirigistas de los poderes públicos, pero por otra parte también plenamente «Estado», porque se empeña en la defensa de las instituciones políticas frente a la misma sociedad civil”⁷⁹.

En el primero de los sentidos, Bobbio afirmará que “es con el nacimiento del Estado de Derecho con lo que se da el paso final del punto de vista del príncipe al de los ciudadanos”, pues “[e]n el Estado despótico los individuos aislados tienen sólo deberes y no derechos” y “[e]n el Estado absoluto los individuos ostentan en la relación con el soberano derechos privados”, mientras que “[e]n el Estado de Derecho el individuo tiene frente al Estado no sólo derechos privados, sino también derechos públicos”, de modo que “[e]l Estado de Derecho es el Estado de los ciudadanos”⁸⁰. Ahora, debemos tener presente que, como hemos venido evidenciando, el Estado de derecho decimonónico fija los límites en el derecho positivo dado por las leyes. Para Ferrajoli este postulado del positivismo jurídico clásico del principio de legalidad formal o de

⁷⁶ *Ibidem*, p.98.

⁷⁷ *Ibidem*, p.101.

⁷⁸ *Ibidem*, pp.102-103.

⁷⁹ *Ibidem*, p.103.

⁸⁰ BOBBIO: *El tiempo de los derechos*, p.109.

mera legalidad “provocó un radical cambio de paradigma” y “la juridicidad de una norma ya no depende de su justicia o racionalidad intrínsecas, sino sólo de su positividad”⁸¹.

Sin embargo, cabe consignar, como lo hace Fioravanti, que “en la Europa continental es el Estado de derecho, la ley del Estado, el poder público como reflejo orgánico de la nación, el que custodia los derechos, por ello, es defendido, desde el punto de vista rigurosamente liberal, de las intromisiones desestabilizadoras de la constitución, del poder constituyente, de las voluntades particulares de los individuos y de las fuerzas sociales”⁸² y, así, “con el advenimiento del Estado liberal de Derecho [...] la *soberanía del Estado* se sustraía de las exigencias contractualistas de los individuos y las fuerzas sociales, por una parte; la *autonomía de la sociedad civil*, a las exigencias dirigistas de los poderes públicos, por otra”⁸³. Desde la perspectiva liberal, el Estado de Derecho “tenía el deber preciso de *completar el proceso histórico de afirmación de la soberanía del Estado nacional*”, proceso “que la revolución había iniciado”, pero que es posible un siglo después “porque en el ínterin ha crecido enormemente la autoridad del Estado en clave de Estado de derecho, es decir, de Estado capaz de imponer su derecho a todas las fuerzas particulares que actúan en la sociedad y al pueblo”⁸⁴.

Establecido lo anterior cabe preguntarse respecto de los derechos en el Estado de derecho. La respuesta, desde la perspectiva de Fioravanti, es clara y contundente: “[a]hora existe un solo y único derecho, el derecho positivo del Estado” y [e]n él y sólo en él, los derechos y las libertades deben encontrar el fundamento y las oportunas formas de tutela”⁸⁵. Así el liberalismo europeo rechaza “considerar los derechos de los individuos *como valores* que preceden a la autoridad del Estado: sólo son el resultado de una concreta aplicación de las normas del Estado”⁸⁶. De modo que “los derechos de los individuos se fundan sobre *un acto soberano de autolimitación del Estado* [...], cuya soberanía *se presume plena* en la medida en que él mismo no la limite con una acto de

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi: “Derechos fundamentales”, en FERRAJOLI et AL: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, 2ª Edición, Madrid, 2005, pp.52-53.

⁸² FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales*, p.103.

⁸³ *Ibidem*, p.113.

⁸⁴ *Ibidem*, pp.117-118.

⁸⁵ FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales*, p.118.

⁸⁶ *Ibidem*, p.118.

voluntad constitutivo de los derechos de los individuos”⁸⁷. Entonces, la respuesta a la pregunta por los derechos es que “ya no pueden existir *derechos fundamentales* en el sentido de que ya no puede haber *un contenido necesario* de los derechos fijado en la constitución -como en las Declaraciones de derechos revolucionarias- y fundado sobre datos elementales que preceden al Estado de tal manera que se impongan a él, es decir, la sociedad civil de individuos para las libertades civiles, las «negativas», el cuerpo constituyente soberano para las libertades políticas, las «positivas»” y “en concreto, si todas las libertades se fundan sólo y exclusivamente sobre las normas del Estado, se debe por fuerza admitir que existe ahora *un solo derecho fundamental, el ser tratado conforme a las leyes de Estado*”⁸⁸. Bajo esta mirada podemos afirmar que finalmente la legalidad será el único soporte de los derechos. Como consecuencia de ello, con Fioravanti podemos afirmar otro elemento de continuidad entre la revolución y el estado liberal europeo: “el dogma de la fuerza de la ley, la convicción de que la ley una vez emanada debe ser, siempre y de todos modos, aplicada de manera cierta y uniforme, sin que los jueces puedan inaplicarla -como sucedía en el caso estadounidense- en nombre de la constitución”⁸⁹.

Las críticas que expresáramos respecto del legicentrismo y falta de control del modelo revolucionario son aplicables al modelo del Estado liberal de derecho, en tanto existe el riesgo de que el propio legislador pueda violar los derechos y actuar de manera arbitraria o despótica. En este sentido, Zagrebelsky destaca que “dada la posibilidad de reducir el Estado de derecho a una fórmula carente de significado sustantivo desde el punto de vista estrictamente político constitucional, no es de extrañar que en la época de los totalitarismos de entreguerras se pudiese originar una importante y reveladora discusión sobre la posibilidad de definir tales regímenes como «Estados de derecho»”⁹⁰.

⁸⁷ *Ibídem*, p.118.

⁸⁸ *Ibídem*, pp.119-120.

⁸⁹ *Ibídem*, p.122.

⁹⁰ ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*, p.22. Así, “el calificativo de Estado de Derecho se habría podido aplicar a cualquier situación en que se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que esta fuese [...] llegaba a ser irrelevante que la ley impuesta se resolviese en medidas personales, concretas y retroactivas; que se la hiciera coincidir con la voluntad de un Führer, de un Soviet de trabajadores o de Cámaras sin libertades políticas, en lugar de un Parlamento libre; que la función desempeñada por el Estado mediante la ley fuese el dominio totalitario sobre la sociedad, en vez de la garantía de los derechos de los ciudadanos” (*Ibídem*, p.23).

Los juristas liberales se apartarán de la lógica rigurosa y exclusivamente estatista y recurrirán de cierto modo a una lógica historicista. A partir del concepto de nación, como realidad histórico natural⁹¹. Así, “si el Estado se fundamenta en la realidad histórico-natural de la nación nunca podrá ser del todo libre en sus manifestaciones de soberanía”, pues “si no lo hiciese así, se convertiría en una especie de *cuerpo extraño*, que la comunidad rechazaría”, de modo que la soberanía estatal “está limitada más bien *por los hechos y por la historia*, por el lugar que el poder político ocupa en la sociedad liberal del siglo pasado [XIX]”⁹². Esto, para Fioravanti supone un poder político “indudablemente más circunscrito bajo esta perspectiva que el que ocupaba en la revolución”; sin embargo, creemos que esa limitación era del todo insuficiente para la garantía de los derechos. Fioravanti constatará el declive del modelo liberal vinculándolo precisamente con la fragilidad del elemento realidad histórico-natural de la nación, pues aquel se producirá “cuando, con la llegada de los partidos de masa, la referencia *necesaria a la unidad histórica de la nación* -como fundamento no contractual de las instituciones políticas y, como hemos visto, límite necesario a su acción sobre la sociedad- aparezca como algo abstracto e improbable”⁹³.

Hacia finales del siglo XIX serán muy excepcionales los ordenamientos europeos que “sin llegar a admitir el control de las leyes, sí otorgan eficacia directa a los derechos constitucionales, llegando a incorporar una específica tutela judicial de los mismos”⁹⁴.

Será a partir del siglo XX que los países europeos evolucionarán desde la matriz legicentrista al paradigma del Estado constitucional de Derecho, que implicará la constitucionalización de los derechos⁹⁵. Estas constituciones reafirmarán “el principio de soberanía popular contra la tradición decimonónica que lo había desterrado”,

⁹¹ Vid. FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales*, p.123.

⁹² *Ibidem*, p.124.

⁹³ *Ibidem*, pp.124-125.

⁹⁴ CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, p.52. Este autor menciona dos ejemplos: la incorporación del recurso de amparo en Austria, desde 1867, y de la reclamación de derecho público en Suiza, desde 1874.

⁹⁵ Austria y Alemania serán precursoras en esta línea. Para CRUZ VILLALÓN “es Austria la puerta por la que hacen entrada en Europa los derechos fundamentales”, con su Ley Constitucional de 1920, la que aunque no contenía un tabla de derechos, otorgó rango constitucional a la ley fundamental sobre derechos generales de los ciudadanos de 1867. Pero el protagonismo recaerá en Alemania, con la Constitución de Weimar que los incorporará bajo el epígrafe de “Derechos fundamentales y deberes fundamentales de los alemanes” (*Ibidem*, pp.54-55)

retomarán “la tradición revolucionaria de las Declaraciones de derechos, expandiendo su objeto hacia los derechos sociales” y, además, se proponen “como constituciones rígidas protegidas por procedimientos particulares de revisión y reforzadas por una difusión progresiva del control de constitucionalidad [...] operante también, por lo menos en buena medida, como *jurisdicción de las libertades*”⁹⁶. Advierte Valdés Dal-Ré que “la crisis del dogma de la voluntad general, que se traduce en el predominio absoluto del legislador ordinario, o, lo que es igual, la consolidación del principio de supremacía de la Constitución y la introducción de un control de constitucionalidad en amparo de los derechos y libertades personales comportará la definitiva recepción en Europa de la idea de la Constitución como norma fundamental de garantía”⁹⁷. Como destaca Zagrebelsky, “[l]a importancia de la transformación debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea”, pues se trata “de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho”⁹⁸.

Cruz Villalón destacará en el itinerario del siglo XX un hito clave: los artículos 1 y 19 de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, haciendo presente que “en ellos se contiene, de forma ejemplar, lo que hoy es «el derecho de los derechos fundamentales»: la vinculación general, la eficacia directa, la tutela judicial”⁹⁹. Fioravanti agregará que “tras la caída de los regímenes totalitarios y la conclusión de la segunda guerra mundial parece insuficiente una afirmación solemne, protegida por la constitución, de los derechos y libertades frente a las posibles prevaricaciones de los poderes públicos” y “parece necesario concebir la constitución misma, y al mismo tiempo, no sólo como norma fundamental de garantía, sino también como norma directiva fundamental a la que deben conformarse en sus acciones, en nombre de los valores constitucionales, todos los sujetos políticamente activos, públicos y privados”¹⁰⁰.

Para Ferrajoli el constitucionalismo ha supuesto una nueva revolución que se traduce en “la afirmación del que podemos llamar *principio de estricta legalidad* (o de

⁹⁶ FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales*, p.118.

⁹⁷ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio” en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2003, N° 2, p.69.

⁹⁸ ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*, pp.33 y 34, respectivamente.

⁹⁹ CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, p.62.

¹⁰⁰ FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales*, p.128.

legalidad sustancial)”, es decir, “el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales, sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones”¹⁰¹. Entonces, como nos indica Prieto Sanchís, la Constitución le dice al poder “no sólo como ha de organizarse y adoptar sus decisiones, sino también qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir”¹⁰². Zagrebelsky afirma que las sociedades pluralistas actuales “asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma”¹⁰³. No vemos necesariamente una contradicción entre las afirmaciones de estos autores, en la medida que comprendemos que los derechos fundamentales contenidos en las constituciones condicionan la posibilidad de la vida en común.

Alexy refuerza esta comprensión a partir de los conceptos de orden marco y orden fundamental. En relación al primero, descartando los modelos puramente procedimentales y los puramente materiales, opta por un modelo material-procedimental, en el cual se confía algunas cosas a la discrecionalidad del legislador y otras no, las cuales están ordenadas o prohibidas por las Constitución, de modo que “[l]o que está ordenado por la Constitución, es constitucionalmente necesario; lo que está prohibido por la Constitución, es constitucionalmente imposible y lo que la Constitución confía a la discrecionalidad del legislador, es tan solo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible”¹⁰⁴. En relación al concepto de orden fundamental, rechazando la idea de este en sentido cuantitativo, es decir, que la Constitución tenga previsto para todo un mandato o una prohibición, opta por entender a la Constitución como un orden fundamental cualitativo o sustancial, en tanto en ella se deciden asuntos fundamentales para la comunidad. Entiende Alexy que así el concepto de orden fundamental es compatible con el de orden marco, de modo que “[u]na Constitución puede decidir asuntos fundamentales, y en ese sentido ser un orden fundamental, y, sin embargo, dejar muchas preguntas abiertas, y por tanto ser un orden marco”¹⁰⁵. De igual modo, Zagrebelsky ve la oportunidad de cifrar la unidad del

¹⁰¹ FERRAJOLI: “Derechos fundamentales”, p.53.

¹⁰² PRIETO SANCHÍS, Luis: “El constitucionalismo de los derechos”, en CARBONELL, Miguel (ed.): *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007, p.213.

¹⁰³ ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*, p.13.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2ª Edición, Madrid, 2007, p.519).

¹⁰⁵ *Ibidem*, p.520.

ordenamiento “en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio”¹⁰⁶.

En esta línea, Ferrajoli afirmará que los derechos fundamentales expresarán la dimensión sustancial de la democracia, en tanto, “los derechos fundamentales, a diferencia de los demás derechos, vienen en configurarse como otros tantos vínculos sustanciales normativamente impuestos -en garantía de intereses y necesidades de *todos* estipulados como vitales, por eso «fundamentales» (la vida, la libertad, la subsistencia)- tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado”¹⁰⁷. Así, “el principio formal de la democracia relativo al *quién* decide y al *cómo* se decide -en otras palabras, el principio de soberanía popular y la regla de la mayoría- se subordina a los principios sustanciales expresados por los derechos fundamentales y relativos a *lo que no es lícito decidir* y a *lo que no es lícito no decidir*”¹⁰⁸. Böckenförde, lejos de esta comprensión, se preguntará “¿[q]ué clase de seguridad en sí mismo tiene un pueblo que se cree obligado a fijar como intangibles, con la coacción del Derecho, los llamados valores fundamentales de la regulación de la vida y de su organización política, tanto para sí mismo como para las generaciones futuras, a las que con ello está negándoles desde el principio el reconocimiento de su propia madurez?”¹⁰⁹. Con todo, Zagrebelsky reconociendo que la afirmación de un orden dado es contradictorio con el principio de la mayoría, sostiene que en la posguerra “se consideraba indispensable el anclaje en algo objetivo, en algo más fuerte que las razones y voluntades políticas que se fuesen afirmando en el transcurso del tiempo”, y “el derecho debía recuperar algo de indiscutible, algo que pudiera tomarse como un punto de partida, «natural», y no controvertido, de cualquier orden social y político, y del que nadie pudiese separarse”, y, en definitiva “la solución al problema consistió en la constitucionalización de los derechos”¹¹⁰.

¹⁰⁶ ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*, p.40. Para este autor “[e]l pluralismo no degenera en anarquía normativa siempre que, pese a la diferencia de estrategias particulares de los grupos sociales, haya una convergencia general sobre algunos aspectos estructurales de la convivencia política y social que puedan, así, quedar fuera de toda discusión y ser consagrados en un texto indisponible para los ocasionales señores de la ley y de las fuentes concurrentes con ella” (*Ibidem*).

¹⁰⁷ FERRAJOLI: “Derechos fundamentales”, p.35.

¹⁰⁸ FERRAJOLI: “Derechos fundamentales”, p.37.

¹⁰⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, p.43.

¹¹⁰ ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*, p.68.

Es posible afirmar que ese punto de partida se funda en la dignidad humana y se orienta por la justicia y la libertad. Podemos señalar con Habermas que la dignidad humana “no es una expresión clasificatoria *a posteriori*, como si se tratara de un parámetro de sustitución vacío que agrupara una multiplicidad de fenómenos distintos”, muy por el contrario, ella “es un sismógrafo que registra lo que es constitutivo de un orden jurídico democrático, a saber: precisamente los derechos que los ciudadanos de una comunidad política deben darse a sí mismos para poder respetarse unos a otros como miembros de una asociación voluntaria de personas libres e iguales”¹¹¹. La orientación a la justicia supone en las sociedades democráticas contemporáneas legitimar “una tensión y libre enfrentamiento entre las diversas concepciones de justicia, pluralmente admitidas por las Constituciones para hacer posible su conciliación en el momento histórico-concreto”¹¹².

Esta noción de los derechos supone para Zagrebelsky una concepción del derecho, el que entiende como “el conjunto de condiciones en las que necesariamente deben moverse las actividades públicas y privadas para la salvaguardia de intereses materiales no disponibles”, en otras palabras, “un orden objetivo previsto para limitar la inestabilidad de las voluntades”¹¹³.

1.1.3. Precisiones terminológicas y definición de los derechos fundamentales

En relación con los derechos fundamentales, a través de la historia, en los diversos ordenamientos y en la doctrina de los autores encontramos distintos términos que se han utilizado en ocasiones como sinónimos y en otras para precisamente distinguir categorías diversas o para enfatizar determinadas características del objeto que se quiere definir. ¿Se quiere aludir a lo mismo cuando se habla de derechos humanos, derechos del hombre, derechos de la persona humana, derechos naturales, derechos públicos subjetivos, derechos individuales, libertades, libertades públicas, derechos morales, derechos civiles, derechos constitucionales o derechos esenciales? Aunque tienen mucho en común, claramente no son términos absolutamente intercambiables entre sí, pues tienen fundamentos y límites no siempre compartidos,

¹¹¹ HABERMAS, Jürgen: “*El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*”, en HABERMAS, Jürgen: *La constitución de Europa*, Trotta, Madrid, 2012, pp.16 y 21.

¹¹² ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*, p.95.

¹¹³ *Ibidem*, p.94.

“no se trata de la mera acumulación de nombres para aludir a un mismo objeto, sino que cada una de estas denominaciones suscita controversia respecto de su sentido”¹¹⁴ y como señala Peces-Barba, “ninguno de estos términos es una expresión pura de una decisión lingüística, sino que todos ellos tienen conexiones culturales y explicaciones derivadas de un contexto histórico, de unos intereses, de unas ideologías y de unas posiciones científicas o filosóficas de fondo”¹¹⁵. Analizar detalladamente cada uno de estos términos y la relación entre ellos escapa al propósito y envergadura de este capítulo introductorio; sin embargo, no renunciamos a abordar parcialmente este tema en algunas partes del presente trabajo, en la medida que sea necesario para una mejor comprensión de nuestro objeto de estudio¹¹⁶.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, creemos necesario, al menos, revisar la relación entre las expresiones derechos fundamentales y derechos humanos, en tanto ello nos permitirá arribar de mejor manera a una definición de los derechos fundamentales.

La expresión derechos humanos responde, como señala Peces-Barba, a “una cultura individualista y antropocéntrica frente a la cultura objetivista y comunitaria propia de la Edad Media” y “se trata de un concepto histórico que aparece a partir del tránsito a la modernidad y que sustituye, o al menos complementa, a las ideas del Derecho como orden creado por Dios y desarrollado por el legislador humano, o como «*id quod iustum est*», lo que es justo, y que se descubre en la relación humana concreta”¹¹⁷.

Los derechos humanos aparecen, para Pérez Luño, como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”¹¹⁸. Para

¹¹⁴ ALDUNATE: *Derechos fundamentales*, p.45.

¹¹⁵ PECES-BARBA: *Curso de Derechos fundamentales*, p.22.

¹¹⁶ Encontramos una delimitación lingüística de los derechos humanos y otros términos afines en PÉREZ LUÑO, Antonio: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pp.29 y ss. También se nos propone una aproximación lingüística a los derechos fundamentales en PECES-BARBA: *Curso de Derechos fundamentales*, pp.21 y ss. También encontramos un análisis de terminología en ALDUNATE: *Derechos fundamentales*, pp.45 y ss.

¹¹⁷ PECES-BARBA: *Curso de Derechos fundamentales*, p.22-23.

¹¹⁸ PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p.48.

Aldunate “el contenido de la expresión «derechos humanos», en sentido restringido, alude a ciertos atributos, facultades o capacidades que son reconocidos a todos los individuos de la especie humana, y cuya consagración positiva y respeto efectivo se reclaman de todo sistema político-jurídico”¹¹⁹.

Puntualiza Pérez Luño que “la fórmula «derechos humanos» es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales”¹²⁰. El reclamo de consagración positiva y respeto efectivo, agrega Aldunate, “se articula a nivel de la comunidad internacional desde 1948, en declaraciones y acuerdos, por lo que el uso de la expresión «derechos humanos» es propio (aun cuando no necesariamente exclusivo) de este ámbito”¹²¹.

Agrega Pérez Luño que la expresión derechos humanos se utilizaría también para referirse “a aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo”¹²². Así, Peces-Barba señala que en uno de los sentidos en los que naturalmente se usa esta expresión es para referirse a una pretensión moral fuerte que debe ser atendida para hacer posible una vida humana digna, aunque un sistema jurídico concreto no lo incorpore como norma positiva. Por ejemplo, la afirmación de ciertos derechos como la libertad de expresión o el derecho a reunión en el marco de una dictadura, cuyo sistema jurídico no los reconoce ni ampara¹²³.

Aldunate plantea que, según se ha sugerido, tocaría a la filosofía del derecho, “en cuanto tiene por objeto de estudios los derechos humanos, examinar cuales atributos pueden ser reconocidos a todo individuo de la especie humana por el hecho de ser tal y, a su vez, dentro del universo de posibilidades de desarrollo pleno del ser humano, qué aspectos deben ser reconocidos como derechos [...] y, por lo tanto, reclaman una consagración positiva”¹²⁴.

¹¹⁹ ALDUNATE: *Derechos fundamentales*, p.46

¹²⁰ PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p.31.

¹²¹ ALDUNATE: *Derechos fundamentales*, p.46.

¹²² PÉREZ LUÑO: *Los derechos fundamentales*, p.44.

¹²³ Vid. PECES-BARBA: *Curso de Derechos fundamentales*, p.23.

¹²⁴ ALDUNATE: *Derechos fundamentales*, p.47.

Con la expresión derechos humanos estaríamos, como anota Peces-Barba, frente a un “uso ambiguo que significa dos cosas distintas”: una pretensión moral a la que se la reviste de “signos de lo jurídico al llamarlo «derecho»” o “un derecho subjetivo protegido por una norma jurídica”, y ese uso ambiguo de dos cosas distintas, agrega, “en la historia del pensamiento jurídico ha expresado un enfrentamiento permanente, el punto de vista iusnaturalista y el positivista”¹²⁵. Para Peces-Barba es difícil “con un término tan extendido y con una ambigüedad que expresa dos ideas que chocan frontalmente, poder elaborar una reflexión sobre el concepto y el fundamento de los derechos”¹²⁶. Dado esto, el autor citado ha manifestado su preferencia por la expresión derechos fundamentales, “como forma lingüística más precisa y procedente”¹²⁷. Dicha elección la funda en que esta última “es más precisa que la expresión derechos humanos y carece del lastre de ambigüedad que esta supone” y en que “puede abarcar las dos dimensiones en las que aparecen los derechos humanos, sin incurrir en los reduccionismos iusnaturalista o positivista”¹²⁸. Así, la expresión derechos fundamentales “puede comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando una relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades”, en tanto “los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica”¹²⁹.

Es posible constatar una tendencia “a reservar la denominación «derechos fundamentales» para designar los derechos humanos positivados a nivel interno”¹³⁰. Avanzando un poco más, Pérez Luño nos dirá que “con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”¹³¹. Por su parte, aunque nos presenta también otras posturas, Aldunate señala que la expresión derechos

¹²⁵ PECES-BARBA: *Curso de Derechos fundamentales*, p.24.

¹²⁶ *Ibidem*, p.24.

¹²⁷ *Ibidem*, p.36.

¹²⁸ *Ibidem*, p.37.

¹²⁹ *Ibidem*, p.37.

¹³⁰ PÉREZ LUÑO: *Los derechos fundamentales*, p.44.

¹³¹ *Ibidem*, p.46.

fundamentales “en sentido general, y que es el más difundido, se usa para aludir a los derechos de la persona que han recibido consagración positiva, en particular, a nivel constitucional”, de modo que se definiría la calidad de tales por un criterio “meramente formal” y “no importando la entidad de los mismos”¹³².

En la búsqueda de la delimitación de los conceptos de derechos humanos y de derechos fundamentales, a Pérez Luño le parece necesario explicitar que no comparte “el criterio que postula que mientras los derechos fundamentales son los garantizados constitucionalmente a los ciudadanos, en cuanto miembros de un determinado Estado, los derechos humanos se refieren a los formulados positivamente en los textos constitucionales con validez general para todos los hombres¹³³ y sin hallarse, por tanto, reducido a un determinado grupo de personas”, pues piensa que “este planteamiento incurre en el equívoco de confundir los derechos fundamentales con los derechos civiles y los derechos humanos con los derechos personales, cuando la mayor parte de las constituciones democráticas reconocen en su sistema de derechos fundamentales lo mismo a los derechos personales que a los civiles, de igual modo que las declaraciones y convenios internacionales incluyen en sus catálogos de derechos humanos a ambas modalidades (personales y civiles) de derechos”¹³⁴.

Para Pérez Luño, los derechos fundamentales se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos y ellos son resultado del acuerdo social, constituyéndose en el presupuesto de la sociedad que se quiere edificar y contribuyendo con la mayor amplitud y profundidad a conformar el orden jurídico infraconstitucional. Agrega este autor que se presentan, al mismo tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas, determinando el estatuto jurídico de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado y entre sí¹³⁵.

¹³² ALDUNATE: *Derechos fundamentales*, p.47.

¹³³ Esta opinión de PÉREZ LUÑO, en nuestro concepto, no se opone a la tipología subjetiva de los derechos fundamentales de FERRAJOLI, que presentaremos más adelante, en la cual este autor denomina como derechos humanos a aquellos derechos fundamentales que pertenecen a todas las personas en cuanto tales, incluso a las que no son ni ciudadanos ni capaces de obrar. En primer lugar, porque FERRAJOLI en esa tipología no contrapone derechos fundamentales y derechos humanos, sino que afirma que éstos son una especie de aquellos y los denomina así en un sentido restringido y claramente no se está refiriendo a lo que comúnmente se conoce como derechos humanos y que hemos venido explicando en estos párrafos.

¹³⁴ PÉREZ LUÑO: *Los derechos fundamentales*, p.46.

¹³⁵ *Vid. Ibídem*, pp.20-22.

Aldunate nos recuerda que existe otra postura que “expone la idea de «derechos fundamentales» como aquellos derechos de los que es titular el hombre, no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre”¹³⁶, comprendiéndose ellos “como derechos que junto con considerarse naturales o innatos, tienen un carácter primario o básico”¹³⁷.

Para Ferrajoli es necesario tener claro qué es lo que se está preguntando cuando se formula la pregunta acerca de los derechos fundamentales. Así, frente a las preguntas de cuáles son los derechos fundamentales, de cuáles deben serlo, de qué son los derechos fundamentales y de qué derechos, por qué razones, a través de qué procedimientos y con qué grado de efectividad son de hecho garantizados como fundamentales, las respuestas serán diferentes y corresponderán a distintos discursos y ámbitos. A la primera debe responder la ciencia jurídica positiva, a la segunda la filosofía política o de la justicia, a la tercera la teoría del derecho y a las últimas la sociología del derecho y la historiografía jurídica¹³⁸.

Ferrajoli nos propone una definición de los derechos fundamentales que él califica de teórica¹³⁹, puramente formal o estructural¹⁴⁰. Para este autor los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”¹⁴¹. Agrega que entiende “por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son

¹³⁶ ALDUNATE: *Derechos fundamentales*, p.47.

¹³⁷ *Ibidem*, p.48.

¹³⁸ Vid. FERRAJOLI, Luigi: “Los fundamentos de los derechos fundamentales” en FERRAJOLI et AL: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, 2ª Edición, Madrid, 2005, pp.290 y291.

¹³⁹ Como señala FERRAJOLI, es teórica en tanto “prescinde e la circunstancia de hecho de que en este o en aquel ordenamiento tales derechos se encuentren o no formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso del hecho de que aparezcan o no enunciados en normas de derecho positivo” y “no se trata de una definición dogmática, es decir, formulada con referencia a las normas de un ordenamiento concreto” (FERRAJOLI, Luigi: “Derechos fundamentales”, p.19-20).

¹⁴⁰ “Es una definición *formal o estructural* -para FERRAJOLI- en el sentido de que prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tutelados mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se basa únicamente en el carácter universal de su imputación” (*Ibidem*, p.20)

¹⁴¹ *Ibidem*, p.19.

ejercicio de éstas”¹⁴². A partir de esta definición, el autor citado destaca tres rasgos de los derechos fundamentales: forma universal de imputación, indisponibilidad y que son definidos en reglas generales y abstractas de rango habitualmente constitucional y por ello supraordenado a los poderes públicos.

Según Díez-Picazo Giménez, la definición de Ferrajoli “presupone una concepción material de los derechos fundamentales; es decir, sobreentiende que lo verdaderamente peculiar de los derechos es su contenido”¹⁴³. Discrepamos totalmente de dicha afirmación, ya que aunque Ferrajoli pueda tener una concepción material de los derechos fundamentales, dicha concepción no está implicada en la definición que nos propone, la que él mismo nos señala es puramente estructural o formal. La definición de Ferrajoli no nos dice cuáles son o cuáles deben ser reconocidos como derechos fundamentales¹⁴⁴. Sólo podremos, a la luz de la definición de Ferrajoli, determinar que ciertos derechos son fundamentales en la medida que estos tenga una forma universal de imputación, sean indisponibles y se encuentren contenidos en normas supraordenadas a las demás. Creemos que Díez-Picazo Giménez acierta en relación con la definición de Ferrajoli al señalar que “es accesorio el modo en que están regulados y protegidos”, si están reconocidos “por el correspondiente texto constitucional o sólo por ley ordinaria”¹⁴⁵, pero no compartimos que, a partir de la definición formal de Ferrajoli, se pueda afirmar que tal accesoriedad se funda en una concepción material de tales derechos y sostener que la fundamentalidad se basa en el significado y la función de tales derechos en la sociedad contemporánea. No es lo mismo que universalmente se reconozcan determinados derechos a que en un ordenamiento ciertos derechos se reconozcan universalmente a todos los dotados de un cierto status.

¹⁴² *Ibidem*, p.19.

¹⁴³ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas Ediciones, Madrid 2003, p.32

¹⁴⁴ Cosa distinta es que en el plano de la filosofía política para FERRAJOLI los fundamentos de los derechos fundamentales se encuentren en los valores de la igualdad, la democracia, la paz y la tutela del más débil (*Vid.* FERRAJOLI, Luigi: “Los fundamentos de los derechos fundamentales” pp.314 y ss.). Aclara FERRAJOLI que las tipologías de derechos fundamentales por él definidas son igualmente formales, cada una de las clases podría estar en los diversos ordenamientos formada por diferentes derechos e incluso estar vacías, por lo que ellas no dicen cuáles deben ser desde una perspectiva axiológica cuales deben ser los derechos (*Vid.* FERRAJOLI, Luigi: *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, traducción de GREPPI, Andrea, Trotta, Madrid, 2006, pp.46-48).

¹⁴⁵ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *Sistema de derechos fundamentales*, p.32. Así, el propio FERRAJOLI sostendrá “son fundamentales, por ejemplo, también los derechos adscritos al imputado por el conjunto de garantías procesales dictadas por el código procesal penal, que es una ley ordinaria” (FERRAJOLI: “Derechos fundamentales”, p.20).

Respecto del carácter universal de imputación, Ferrajoli entiende “«universal» en el sentido puramente lógico y avalorativo de la cuantificación universal de las clases de sujetos que son titulares de los mismos”¹⁴⁶. Aclara que “esta universalidad no es absoluta, sino relativa a los argumentos con fundamento en los cuales se predica”, en tanto “el «todos» de quien tales derechos permiten predicar la igualdad es lógicamente relativo a las clases de los sujetos a quienes su titularidad está normativamente reconocida”¹⁴⁷. Agrega que “así, si la *intensión de la igualdad* depende de la cantidad y de la calidad de los intereses protegidos como derechos fundamentales, la *extensión de la igualdad* y con ello el grado de democraticidad de un cierto ordenamiento depende, por consiguiente, de la extensión de aquellas clases de sujetos, es decir, de la supresión o reducción de las diferencias de *status* que la determinan”¹⁴⁸.

Buscando caracterizar a los derechos fundamentales y distinguiéndoles de los patrimoniales, Ferrajoli afirma que los primeros “son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos”, mientras que los segundos “son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables”¹⁴⁹. Afirma que siendo indisponibles “están sustraídos tanto a las decisiones de la política como al mercado”, de modo que “en virtud de su *indisponibilidad activa*, no son alienables por el sujeto que es su titular: no puedo vender mi libertad personal o mi derecho de sufragio y menos aún mi propia autonomía contractual” y “debido a su *indisponibilidad pasiva*, no son expropiables o limitables por otros sujetos, comenzando por el Estado: ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad o de mis derechos de autonomía”¹⁵⁰.

¹⁴⁶ FERRAJOLI: “Derechos fundamentales”, p.20. Así, si bien FERRAJOLI constata que en general “de hecho son tutelados como universales, y por consiguiente fundamentales, la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los sociales y similares [...], allí donde tales derechos fueran alienables y por tanto virtualmente no universales, como acontecería por ejemplo, en una sociedad esclavista o totalmente mercantilista, estos derechos no serían universales ni, en consecuencia, fundamentales”. Agrega que “a la inversa, si fuera establecido como universal un derecho absolutamente fútil, como por ejemplo el derecho a ser saludados por la calle por los propios conocidos o el derecho a fumar, el mismo sería un derecho fundamental” (*Ibidem*, pp.20-21).

¹⁴⁷ *Ibidem*, p.21.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p.22. Este autor llega a afirmar que “al menos en Occidente, desde el derecho romano, siempre han existido derechos fundamentales, si bien la mayor parte limitados a clases bastante restringidas de sujetos” (*Ibidem*, p.23).

¹⁴⁹ *Ibidem*, p.31.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p.32.

Sostiene Ferrajoli que “los derechos fundamentales tienen su título inmediatamente en la ley, en el sentido que son todos *ex lege*, o sea, conferidos a través de reglas generales de rango habitualmente constitucional”, de modo que “mientras los derechos fundamentales *son normas*, los derechos patrimoniales son *predispuestos por normas*”¹⁵¹. Así las normas que adscriben derechos fundamentales serán “*normas téticas*”, que “inmediatamente disponen las situaciones expresadas mediante ellas”¹⁵².

Nos parece pertinente vincular lo señalado en el párrafo precedente con la definición que Alexy tiene de los derechos fundamentales. Para ello nos servimos del estudio introductorio que Bernal Pulido presenta en la más reciente edición de la *Teoría de los derechos fundamentales* de Alexy. En dicho estudio, Bernal Pulido nos señala sintéticamente que “los derechos fundamentales deben entenderse como un conjunto de normas y posiciones adscritas a una disposición de derecho fundamental”¹⁵³. Aunque Alexy se preocupa de señalar que su investigación “trata de una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental”¹⁵⁴, creemos que esta definición también es formal en sentido antes expresado, en tanto no se basa en una concepción material acerca de estos. Agrega Bernal Pulido, explicando los elementos de tal definición, que “las disposiciones de derecho fundamental son las proposiciones de la Constitución que establecen los derechos fundamentales”, y “por su parte, las normas son proposiciones prescriptivas adscritas por vía interpretativa a estas disposiciones y que prescriben lo que está prohibido, permitido u ordenado por los derechos fundamentales, así como las competencias que estos derechos confieren”. Por último, expresa que “las posiciones de derecho fundamental son relaciones triádicas conferidas por las normas de derecho fundamental, que tienen la forma de derecho a algo, libertades y competencias, y que regulan las relaciones entre el individuo y el Estado y los particulares, que tienen que ver con el respeto de los bienes protegidos por los derechos fundamentales”¹⁵⁵.

La definición antes presentada, como hemos señalado la encontramos en una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental alemana. Por ello, no

¹⁵¹ *Ibidem*, p.33.

¹⁵² *Ibidem*, p.34.

¹⁵³ BERNAL PULIDO, Carlos: “Estudio Introductorio” en ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2ª Edición, Madrid, 2007, p.xxx.

¹⁵⁴ ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2ª Edición, Madrid, 2007, p.45.

¹⁵⁵ BERNAL PULIDO, Carlos: “Estudio Introductorio”, p.xxx.

puede sino basarse en disposiciones constitucionales. ¿Son sólo fundamentales los derechos reconocidos como tales en los ordenamientos constitucionales?

Díez-Picazo Giménez identifica la que él denomina “concepción formal de los derechos fundamentales”, para la cual “lo crucial no es su contenido, sino el rango de la norma que los reconoce”, de modo que “sólo son derechos fundamentales aquellos que están declarados en normas constitucionales o, al menos, en normas de rango suprallegal”¹⁵⁶. Así, agrega, “lo verdaderamente característico de los derechos fundamentales es su resistencia frente a la ley, o si se prefiere, que vinculan a todos los poderes públicos, incluido el legislador democrático”¹⁵⁷.

A este respecto es pertinente recordar que a propósito de la distinción que revisamos entre derechos humanos y derechos fundamentales se enfatizaba por los autores como rasgo de estos últimos la positivación en el derecho interno, pero no necesariamente todos conciben que ellos sólo se limiten a aquellos consagrados constitucionalmente. Así Pérez Luño nos dirá que los derechos fundamentales serán garantizados por el ordenamiento jurídico positivo “en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional”¹⁵⁸, de modo que admitiría otras posibilidades de consagración positiva, sin que ello importe la pérdida de su carácter de fundamental. Es un elemento importante a considerar otra de las características que este autor señala: los derechos fundamentales “suelen gozar de una tutela reforzada”¹⁵⁹. En un sentido similar, Ferrajoli, como lo habíamos adelantado, señala que desde una mirada dogmática positivista los derechos fundamentales serán “en un determinado ordenamiento, aquellos derechos que las normas constitucionales o legislativas pertenecientes a él atribuyen universalmente a todos en cuanto personas, o ciudadanos y/o capaces de obrar”¹⁶⁰.

¹⁵⁶ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *Sistema de derechos fundamentales*, p.33.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p.33.

¹⁵⁸ PÉREZ LUÑO: *Los derechos fundamentales*, p.46.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p.46.

¹⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi: “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, p.315.

1.1.4. Clasificaciones de los derechos fundamentales

Ferrajoli realiza la clasificación de los derechos fundamentales, elaborando una tipología subjetiva y una objetiva de ellos. Creemos que dicho trabajo resulta tremendamente clarificador y permite una adecuada comprensión de estos derechos. Por ello, procuraremos presentar dichas tipologías de manera breve y clara.

A partir de su definición de los derechos fundamentales como aquellos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar, nos presenta una tipología subjetiva, relativa a las clases de sujetos o status a los que se atribuyen tales derechos. Ferrajoli propone combinar la distinción entre derechos de la persona y derechos del ciudadano con la exigencia o no de la capacidad de obrar. Esta tipología permitiría distinguir cuatro categorías, a saber: derechos humanos, derechos civiles, derechos públicos y derechos políticos. El siguiente cuadro de doble entrada nos permite apreciar cómo se configuran estas cuatro categorías¹⁶¹:

	Derechos de la persona o de la personalidad	Derechos del ciudadano o de la ciudadanía
Derechos primarios o sustanciales (pertenecientes a todas las personas con independencia de su capacidad de obrar)	DERECHOS HUMANOS (pertenecen a todas las personas en cuanto tales, incluso a quienes no son ni ciudadanos ni capaces de obrar)	DERECHOS PÚBLICOS (corresponden a las personas en tanto ciudadanos, independiente de su capacidad de obrar)
Derechos secundarios o formales (pertenecientes sólo a los capaces de obrar)	DERECHOS CIVILES (pertenecen a todas las personas en tanto capaces de obrar, independiente de la ciudadanía)	DERECHOS POLÍTICOS (corresponden sólo a las personas que sean tanto ciudadanos como capaces de obrar)

Ferrajoli aborda una segunda clasificación que denomina objetiva, en tanto referida a los tipos de comportamientos que constituyen el objeto de los derechos fundamentales. Esta se basa en la distinción entre derechos primarios y secundarios, es decir, en la posesión o no de la capacidad jurídica de obrar de sus titulares. Respecto de los primarios distingue entre los “derechos de libertad” y los “derechos sociales”,

¹⁶¹ Vid. *Ibidem*, pp.292-294.

diferenciando, a su vez, los primeros entre las “libertades de” y las “libertades para”. En relación con los derechos secundarios los identificará con los “derechos de autonomía” y los dividirá, por su parte, en “derechos civiles” y “derechos políticos”. El siguiente cuadro de doble entrada nos permite apreciar cómo se configuran estas categorías¹⁶²:

	Derechos de la persona		Derechos del ciudadano
Derechos primarios o sustanciales (pertenecientes a todas las personas con independencia de su capacidad de obrar y consistentes en expectativas)	DERECHOS DE LIBERTAD (expectativas negativas o de inmunidad)		DERECHOS SOCIALES (expectativas positivas o de prestación por parte de otros)
	LIBERTAD DE (simples inmunidades frente a lesiones o constricciones)	LIBERTAD PARA (facultades de comportamientos no jurídicos igualmente inmunes frente a impedimentos)	
Derechos secundarios o formales (pertenecientes sólo a los capaces de obrar y consistente no sólo en expectativas sino en poderes ¹⁶³)	DERECHOS CIVILES (derechos de autonomía privada ejercidos a través de actos negociales de disposición sobre derechos patrimoniales)		DERECHOS POLÍTICOS (derechos de autonomía política, ejercitados a través de actos públicos)

Enfatiza Ferrajoli que “mientras los derechos primarios consisten, esencialmente, en expectativas sustanciales (de no lesión, en el caso de los negativos, de prestación en el de los positivos) y, por consiguiente en los *beneficios* que se aseguran a sus titulares, los derechos secundarios, sean civiles o políticos, al ser ejercidos mediante actos que producen efectos jurídicos, son además *poderes* y, como tales, se encuentran sometidos, en el estado de derecho, a límites y vínculos legales”, y por ello ha llamado “a los primeros *derechos sustanciales* o *finales* y a los segundos *derechos formales* o *instrumentales*”¹⁶⁴.

Respecto de esta tipología objetiva, Ferrajoli pone de relieve que “la distinción entre derechos primarios y secundarios es insuperable, si bien los presupuestos de la

¹⁶² Vid. *Ibidem*, pp.292-294 y p.307.

¹⁶³ Se entiende el término «poder» “no como la simple *facultas agendi* en que consisten los derechos activos de libertad (o de «libertad para»), sino que como *potestas agendi*, es decir, como la facultad de realizar actos jurídicos (voto, elecciones, contrato, testamento y otros similares) que producen efectos en la esfera jurídica de los demás” (FERRAJOLI: “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, p.296).

¹⁶⁴ *Ibidem*, p.298.

capacidad de obrar pueden variar según los diversos ordenamientos, como es el caso de los años que determinan la mayoría de edad”¹⁶⁵. Agrega que “la distinción entre derechos de la persona y derechos del ciudadano es, en cambio, superable, bien mediante la extensión de la ciudadanía a todas las personas, bien a través de su supresión como presupuesto de los derechos fundamentales, algo que, por otro lado, ya ocurre con gran parte de ellos en las cartas constitucionales tanto internacionales como nacionales”¹⁶⁶.

Sostiene Ferrajoli que esta distinción derechos de libertad y derechos de autonomía es “esencial desde muchos puntos de vista; acaso la más importante en el campo de los derechos fundamentales”¹⁶⁷. Afirma, en primer lugar, que los derechos civiles y políticos de autonomía constituyen “la base, respectivamente, del mercado y de la representación, de la democracia civil y de la democracia política”, a diferencia de los derechos de libertad que “los limitan y forman la sustancia del liberalismo”¹⁶⁸. En segundo lugar, hace presente que los derechos de autonomía, en tanto poderes, como todo poder en el estado de derecho, “se encuentran sujetos a la ley”, específicamente, “a los límites y vínculos impuestos por los derechos de libertad y los derechos sociales, de un lado, a la representación política y a la legislación producidas por el ejercicio de los derechos políticos, y de otro, al mercado y a la autodeterminación privada producido por el ejercicio de los derechos políticos”¹⁶⁹. En tercer lugar, pone de relieve que “resulta impropio hablar de «conflicto» o de «incompatibilidad» entre derechos y no, simplemente, de sujeción a la ley, en este caso constitucional, a propósito de las oposiciones entre los derechos poderes de autonomía y los límites y vínculos que les vienen impuestos por los otros derechos constitucionalmente establecidos”¹⁷⁰. Como veremos más adelante, Ferrajoli es, en esta línea, particularmente crítico con la ponderación. Ejemplifica este autor las oposiciones antes referidas, mencionando aquellas “entre libertad de empresa y derechos laborales, entre autonomía contractual e

¹⁶⁵ *Ibidem*, p.297.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p.297. Ante la proposición de excluir el *status* de ciudadano de la definición, en tanto superable como criterio de diferenciación, FERRAJOLI sostiene que “mientras la ciudadanía siga siendo el presupuesto de algunos de estos derechos, no puede ser ignorada por la definición teórica del concepto de derechos fundamentales si no es al precio de una reducción de su alcance empírico y su capacidad explicativa, y de una confusión entre discurso teórico y discurso axiológico” (FERRAJOLI: “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, p.298).

¹⁶⁷ *Ibidem*, p.308

¹⁶⁸ *Ibidem*, p.308.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p.308.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p.308.

indisponibilidad de los derechos fundamentales, entre la autonomía política y la inviolabilidad de los propios derechos”¹⁷¹. En el ámbito laboral, Ferrajoli va más allá, sosteniendo que los derechos civiles¹⁷², en tanto secundarios o formales, se encuentran limitados “por esas específicas libertades negativas erigidas en derechos fundamentales de libertad y, por otro lado, por los derechos sociales y del trabajo que, en virtud del rango constitucional de los primeros y aun sólo legislativo de los segundos, están normativamente supraordenados a la legislación y a la contratación respectivamente”¹⁷³.

1.1.5. La evolución de los derechos fundamentales

Bobbio nos señala que “los derechos humanos, por muy fundamentales que sean, son derechos históricos, es decir, nacen gradualmente, no todos de una vez y para siempre, en determinadas circunstancias, caracterizadas por luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes”¹⁷⁴. Concordamos con Bobbio, en cuanto es posible constatar que los derechos identificados como fundamentales no han sido siempre los mismos, apreciándose a través de la historia una notable ampliación de su contenido. Es dable, también, identificar ciertas líneas de evolución tanto desde la perspectiva de su reconocimiento o consagración, como de la determinación de los sujetos a los cuales se les atribuyen.

Los derechos fundamentales en su evolución, según la tesis que inicialmente propuso Peces-Barba, han seguido tres grandes procesos: de positivación, de generalización y de internacionalización. Bobbio añadirá un cuarto proceso, al cual llamará de especificación. Éste será recogido posteriormente por Peces-Barba, quien se referirá a él también como proceso de concreción¹⁷⁵. Evidentemente, definido el objeto de estudio del presente trabajo, resultará de nuestro interés desarrollar mayormente una reflexión acerca del proceso de internacionalización, lo que haremos más adelante. Con todo, reseñaremos ahora brevemente los otros tres procesos.

¹⁷¹ *Ibidem*, p.308.

¹⁷² Entendiendo por tales, según su clasificación, a los “derechos de autonomía privada ejercidos a través de actos negociales de disposición sobre derechos patrimoniales” (FERRAJOLI: “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, p.294).

¹⁷³ FERRAJOLI: “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, p.309.

¹⁷⁴ BOBBIO: *El tiempo de los derechos*, p.17.

¹⁷⁵ *Vid.* PECES-BARBA: *Curso de derechos fundamentales*, pp.154 y ss. y BOBBIO: *El tiempo de los derechos*, pp.97 y ss.

Al proceso de positivación ya nos hemos referido en los acápites anteriores, al revisar los fundamentos teórico-doctrinales de los derechos, al identificar procesos e hitos históricos relevantes en el desarrollo de los mismos e incluso al precisar la terminología y revisar las definiciones de ellos. Cabe, con todo, destacar que este proceso comienza con el reconocimiento de ciertos derechos que se afirman son naturales y que son positivados para garantizar una aplicación más eficaz (aunque, como señala Peces-Barba, habría en esto una contradicción teórica), luego se sostendrá que los derechos comienzan y acaban con la ley, para avanzar hacia la afirmación que sólo estaremos frente a derechos fundamentales en la medida que ellos se configuren en normas constitucionales o al menos en normas supraordenadas a las demás. Respecto de la positivación, Peces-Barba afirmará que “tenemos que concluir que resulta inseparable de la idea de los derechos, o dicho más propiamente, que forma parte de la idea de los derechos”¹⁷⁶.

El proceso de generalización “consistirá en el progresivo, aunque nunca definitivo, ajuste entre las afirmaciones de que los derechos son naturales, es decir que corresponden a todos los seres humanos, y una práctica restrictiva que circunscribía su disfrute a una clase social, la burguesía”¹⁷⁷. La generalización se manifiesta en el incremento persistente de los sujetos titulares de los derechos fundamentales, en la ampliación de quienes serán considerados dentro de aquellos status que son presupuesto de dicha titularidad. Obviamente este proceso se encuentra fuertemente vinculado al desarrollo y ampliación de la democracia a lo largo del siglo XX, a la participación política de un universo cada vez mayor de ciudadanos y al reconocimiento, garantía y promoción de la igualdad, no sólo formal sino también material.

Bobbio identifica en la evolución de los derechos un proceso o una línea de tendencia “que se puede llamar de especificación, consistente en el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos”¹⁷⁸. Añade que “esta especificación se ha producido bien respecto al género, bien respecto a las distintas fases de la vida, bien teniendo en cuenta la diferencia entre

¹⁷⁶ PECES-BARBA: *Curso de derechos fundamentales*, p.160.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p.160.

¹⁷⁸ BOBBIO: *El tiempo de los derechos*, p.109.

estado normal y estados excepcionales en la existencia humana”¹⁷⁹. Para Peces-Barba este proceso, la especificación, “se produce en relación con los titulares de los derechos y también con los contenidos de los mismos”¹⁸⁰.

El proceso de especificación en relación con los titulares supone la identificación de algunas situaciones que requieren una protección especial a partir de una condición física, social, psicológica o cultural que ha colocado a las personas en una condición de inferioridad o vulnerabilidad¹⁸¹. Una protección igual a desiguales evidentemente es un despropósito, de ahí que “se parte de una desigualdad que se considera relevante, porque dificulta o impide el pleno desarrollo moral de las personas, fin último de los derechos y se interviene para alcanzar la satisfacción de esas necesidades que impiden la igualdad mínima”, es decir, “la equiparación es una meta y la diferenciación una técnica para alcanzar esa equiparación”¹⁸². En el ámbito laboral es relevante tener presente estas consideraciones, toda vez que, por una parte, el propio Derecho del Trabajo surge precisamente a partir de la constatación de la necesidad de tutelar a quienes se encuentran en una situación de inferioridad fáctica y jurídica y, que, por otra, en la garantía de los derechos fundamentales cabe reconocer que, dada aquella situación, los trabajadores se encuentran mayormente expuestos a eventuales vulneraciones de los mismos.

Los autores recién citados sostienen que se produce también un proceso de especificación en los contenidos de los derechos que nos permite reconocer sucesivas generaciones de derechos que se van adicionando a las precedentes. Valdés Dal-Ré nos dice que “la historia del constitucionalismo puede ser descrita como la historia de una progresiva ampliación de los derechos fundamentales” y hace presente que “las diversas generaciones de derechos se corresponden con otros tantos movimientos de reivindicación y ruptura, pacíficos unos y violentos otros”¹⁸³. Al respecto advierte Bobbio la complejidad de esta adición, ya que una cosa es esta historia “de derechos siempre nuevos y siempre más extensos, y justificarlos con argumentos persuasivos”, y “otra es asegurarles una protección efectiva”, puesto que “a medida que las pretensiones

¹⁷⁹ *Ibidem*, p.110

¹⁸⁰ PECES-BARBA: *Curso de derechos fundamentales*, p.180.

¹⁸¹ *Vid.* BOBBIO: *El tiempo de los derechos*, p.110 y PECES-BARBA: *Curso de derechos fundamentales*, pp.180 y ss.

¹⁸² PECES-BARBA: *Curso de derechos fundamentales*, p.182.

¹⁸³ VALDÉS DAL-RÉ: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre...”, p.72.

aumentan, su satisfacción resulta siempre más difícil”¹⁸⁴. Peces-Barba, a propósito de las nuevas generaciones de derechos, señalará que así “como los derechos de generaciones anteriores responden a los valores superiores de la libertad, de la igualdad, o en caso de fórmulas de síntesis, a la libertad igualitaria, en este caso el fundamento se encuentra en el valor de la solidaridad o fraternidad, o en el valor seguridad jurídica en ciertos casos, conjuntamente con el de solidaridad”¹⁸⁵.

Creemos que utilizar la expresión proceso de especificación para ambos fenómenos confunde cuestiones que son muy diferentes. Una cosa es reconocer la dificultad de garantizar los derechos fundamentales a determinados colectivos con las normas comunes a todas las personas y, por tanto, buscar modalidades de tutela específicas o especiales que permitan cierta equiparación y otra distinta es que, fruto del desarrollo humano, en determinado momento de la historia se identifiquen ciertas esferas como fundamentales, es decir, como valores que han de constituirse en base del ordenamiento y como derechos atribuibles universalmente a todos en cuanto personas, ciudadanos y/o capaces de obrar. Preferiríamos denominar a esta última línea de tendencia como proceso de ampliación material o de contenido de los derechos fundamentales. Esto es consistente con la afirmación del propio Bobbio en orden a que los derechos no pueden ser sustraídos “al fluir de la historia”, pues “en cuanto derechos históricos son mutables, esto es, susceptibles de transformación y de ampliación”¹⁸⁶.

1.1.6. Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados.

Los derechos fundamentales en la concepción del Estado de derecho liberal, como hemos visto, “son derechos de libertad del individuo frente al Estado” y “se establecen para asegurar, frente a la amenaza estatal, ámbitos importantes de la libertad individual y social que están especialmente expuestos, según la experiencia histórica, a la amenaza del poder del Estado”¹⁸⁷. Es decir, en una visión clásica los derechos fundamentales se insertan en el ámbito de una relación jurídica pública. En el

¹⁸⁴ BOBBIO, Norberto: *El tiempo de los derechos*, p.111.

¹⁸⁵ PECES-BARBA: *Curso de derechos fundamentales*, p.183. Este autor señala sin pretensión de exhaustividad tres dimensiones de estos derechos: “los referidos al medio ambiente y a la protección del entorno natural; el derecho al desarrollo y el derecho a la paz” (*Ibidem*, p.183)

¹⁸⁶ BOBBIO, Norberto: *El tiempo de los derechos*, p.70.

¹⁸⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales” en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p.48.

positivismo jurídico estos derechos “no son prerrogativas naturales, anteriores y superiores a la organización estatal, sino meros derechos reflejos que tienen su origen y fundamento en el proceso de autolimitación del Estado”¹⁸⁸. Así, “concebidos inicialmente como instrumentos frente a la omnipotencia del Estado, se consideró que los derechos fundamentales no tenían razón de ser en las relaciones entre sujetos del mismo rango donde se desarrollan relaciones entre particulares”¹⁸⁹.

Sin embargo, Melis nos recuerda que esta tesis liberal positivista “altera el sentido amplio de los derechos fundamentales alcanzado bajo el imperio de las concepciones iusnaturalistas, que concebían como sujetos obligados al respeto de los derechos naturales principalmente a los privados”¹⁹⁰. En la misma línea, Peces-Barba enfatiza que “si partimos del origen contractualista de la mayoría de las teorías sobre los derechos a partir del tránsito a la modernidad, y de la distinción entre estado de naturaleza y estado de sociedad, los derechos naturales son siempre derechos en relaciones entre privados, porque en el estado de naturaleza no existe poder”¹⁹¹. De este modo, “en el origen histórico de los derechos humanos no existe base alguna que justifique la exclusión del ámbito de las relaciones privadas los derechos fundamentales”, y “más bien se justifica lo contrario, que los derechos naturales, convertidos en individuales y civiles lo son frente a los terceros particulares”¹⁹².

La concepción clásica liberal, que circunscribe los derechos fundamentales al ámbito de una relación jurídica pública, puede ser caracterizada como una relación vertical entre el Estado y los individuos. En dicha relación se le atribuyen al individuo ciertos derechos frente al Estado y a éste, como sujeto pasivo, se le impone una obligación de no hacer o de prohibición. Entonces, por una parte, “se presupone que los demás individuos son extraños, en principio, a la relación jurídica establecida entre una persona concreta y el Estado, como único sujeto pasivo de la misma” y, por otra parte, esta concepción “se caracteriza por su contenido negativo: su disfrute exige simplemente la abstención del Estado, la no interferencia de este en la esfera de libertad

¹⁸⁸ BILBAO UBILLOS, Juan María: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales-BOE, Madrid, 1997, p.235.

¹⁸⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio: *Los derechos fundamentales*, p.22.

¹⁹⁰ MELIS VALENCIA, Christian: *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009, p.9

¹⁹¹ PECES-BARBA: *Curso de derechos fundamentales*, p.619.

¹⁹² *Ibidem*, p.620.

personal previamente definida, no facultan a su titular para reclamar una determinada actuación positiva de los órganos estatales”¹⁹³.

Bilbao Ubillos afirma que en el proyecto liberal existe una concepción del Estado como un Estado mínimo y las relaciones entre privados se rigen por los principios de autonomía de la voluntad y, en ese contexto, para el liberalismo “carece de sentido extender la eficacia de los derechos individuales, en cuanto tales, a la esfera de las relaciones jurídicas entre particulares, porque dichas relaciones se establecen, por principio, entre iguales, y entre iguales las relaciones no pueden sino ser libres”. Así, “la libertad se presenta entonces (ideológicamente) como precipitado de la igualdad (formal o jurídica) y no precisa, por ello, de una protección externa y particularizada, que podría ser contraproducente”¹⁹⁴.

Con el estado constitucional y social de derecho o, dicho de otro modo, con el constitucionalismo social, se evolucionará en relación al papel del Estado respecto de los derechos fundamentales, pues ya no sólo se demandará su abstención, sino se establecerá un deber positivo para el poder público, en orden a la adopción de medidas para el ejercicio de los derechos. Estamos frente a lo que en la clasificación objetiva de Ferrajoli corresponde a expectativas positivas o de prestación por parte de otros.

Una segunda línea de evolución, que se desarrollará en la segunda mitad del siglo XX, se orienta al reconocimiento del carácter pluridireccional de los derechos fundamentales, es decir, a la superación de la concepción vertical de los mismos y la afirmación de la eficacia o validez de los derechos fundamentales entre los particulares. Esta doctrina es elaborada en Alemania y se ha conocido como *Drittwirkung der Grundrechte*¹⁹⁵. Es propuesta inicialmente por Hans Carl Nipperdey y fue recogida el Tribunal Federal de Trabajo alemán, cuya Primera Sala él presidía, y, posteriormente, también por el Tribunal Constitucional de dicho país.

¹⁹³ BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales...*, p.235.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p.240.

¹⁹⁵ Para PECES-BARBA en Alemania “han necesitado construir la teoría de la «*Drittwirkung der Grundrechte*»”, precisamente porque en ese país “se hizo la primera teoría de los derechos fundamentales, como derechos públicos subjetivos, y su recepción en el Derecho constitucional positivo limita la validez de los derechos a las relaciones entre particulares y poder estatal”, por lo que advierte respecto de la dificultad y peligro de su aplicación en culturas jurídicas diversas a aquella (PECES-BARBA: *Curso de derechos fundamentales*, p.624).

Bilbao Ubillos ha identificado tres argumentos que permiten reconsiderar la doctrina liberal y avanzar hacia el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares: la existencia de poderes privados o sociales, la afirmación de la Constitución como base del ordenamiento jurídico en su conjunto y no sólo de la actividad estatal y, por último, el desarrollo y consolidación del estado constitucional social y democrático de derecho¹⁹⁶.

Sobre el primer argumento Bilbao Ubillos sostiene que “el poder ya no está concentrado en el aparato estatal, está disperso, diseminado en la sociedad” y que “los poderes privados constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietantes que la representada por el poder público”¹⁹⁷. Por su parte, Böckenförde se pregunta: “¿Y qué sucede con la garantía estatal frente al poder social y su creación, que se produce precisamente como consecuencia de la garantía delimitadora de los derechos fundamentales liberales, es decir, a partir de la diferente realización de la libertad por parte de los titulares individuales de derechos fundamentales y que puede cuestionar para muchos otros individuos la posibilidad de realización de la libertad de los derechos fundamentales?”¹⁹⁸. Para Pérez Luño el planteamiento liberal “obedecía a una concepción puramente formal de la igualdad entre los diversos miembros de la sociedad” y resulta evidente para dicho autor que “en la sociedad neocapitalista esa igualdad formal no supone una igualdad material, y que en ella el pleno disfrute de los derechos fundamentales se ve, en muchas ocasiones, amenazado por la existencia en la esfera privada de centros de poder no menos importantes que los que corresponden a los órganos públicos”¹⁹⁹. Ampliando estas ideas, Ferrajoli sostiene que a través de la historia “lo que eran simples libertades naturales expuestas a la arbitrariedad de los poderes públicos o privados, han sido progresivamente convertidas en derechos fundamentales de libertad, configurándose, al mismo tiempo, como leyes del más débil y como contra-poderes respecto de poderes, de otro modo, absolutos”²⁰⁰.

¹⁹⁶ Vid. BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales...*, pp.241 y ss.

¹⁹⁷ BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales...*, pp.242 y 243.

¹⁹⁸ BÖCKENFÖRDE: “Teoría e interpretación...”, p.52.

¹⁹⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio: *Los derechos fundamentales*, pp.22-23.

²⁰⁰ FERRAJOLI: “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, p.373. Este autor hace presente que “en este proceso de limitación y regulación de los poderes fue derrotado, en primer lugar, el absolutismo de los poderes públicos, a través de su separación, de la representación, de la responsabilidad política y del principio de legalidad, primero ordinaria y luego constitucional; de los poderes judiciales, a través de su sujeción a la ley y al desarrollo de garantías penales y procesales; de los poderes administrativos y

Sobre este primer argumento, Naranjo de la Cruz nos expresa una opinión discordante, considerando que “esta interpretación restrictiva no es acertada”, toda vez que “excluye injustificadamente del ámbito de la *Drittwirkung*, aquellos actos en los que las partes que se enfrentan aparecen ordenadas en un mismo plano, sin relación alguna de supra o subordinación”²⁰¹. En este sentido, con la terminología que utiliza Gamonal²⁰², podríamos decir que el argumento de los poderes privados o sociales es adecuado para fundar la eficacia diagonal de los derechos fundamentales²⁰³, mas no la estrictamente horizontal. Con todo, menester es consignar que la expresión eficacia horizontal se ha utilizado ampliamente para referirse a la vinculabilidad de los derechos fundamentales entre particulares, sin querer con ello afirmar o descartar la total horizontalidad fáctica y jurídica de tal relación.

El segundo argumento consiste en afirmar que la constitución es “la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico”²⁰⁴. En concepto de Bilbao Ubillos, “este enfoque unitario, que tiende a superar el tradicional aislamiento de la Constitución del resto del ordenamiento, tiene una gran trascendencia, pues excluye que los Derechos constitucional y privado puedan concebirse en la actualidad como compartimentos estancos, como mundos separados, impermeables, gobernados por lógicas diferentes”²⁰⁵ y “la reconstrucción del ordenamiento en clave constitucional implica que todas las normas del Derecho privado deben reinterpretarse a la luz de la

policiales, a través de la afirmación del principio de la legalidad en su ejercicio, y del control jurisdiccional de su actuación”. Añade que “luego fue progresivamente reducido el absolutismo de los poderes empresariales a través de las garantías de los derechos de los trabajadores y de las reglas impuestas para tutela de la competencia y de la transparencia de los negocios”. Destaca, finalmente, que “se ha reducido el absolutismo del poder doméstico, a través de las reformas del derecho de familia y la afirmación de la igualdad jurídica entre hombres y mujeres” (*Ibidem*, p.373).

²⁰¹ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p.227. Con todo, aclara este autor, que lo señalado no quiere decir que esta posición de poder, cuando exista, no deba ser en absoluto considerada. De esta forma, “un mayor poder social o económico de una de las partes podrá traducirse en un menor peso del bien jurídico constituido por la autonomía de la voluntad de la otra, en la ponderación frente a los derechos de esta última”. Así, agrega NARANJO DE LA CRUZ, este planteamiento “explicaría también la menor fortaleza de la libertad contractual en el ámbito del Derecho del Trabajo” (*Ibidem*, p.228)

²⁰² Vid. GAMONAL CONTRERAS, Sergio: *Trabajo y Derecho*, AbeledoPerrot – LegalPublishing, Santiago de Chile, 2010, pp.51 y ss.

²⁰³ STSJ de la Comunidad Valenciana 1355/2001, de 25 septiembre, se refiere a “la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones horizontales (entre particulares) o diagonales (como pueden calificarse las relaciones empresario-trabajador)”.

²⁰⁴ STCE 9/1981, de 31 de marzo.

²⁰⁵ BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales...*, p.258.

Constitución”²⁰⁶. En esta línea, Naranjo de la Cruz afirma que “si el poder constituyente es único y mediante él la sociedad se intenta dotar de los elementos básicos sobre los que se habrá de configurar el entero ordenamiento jurídico, no existe, a priori, razón alguna que impida que las que el mismo ha establecido como bases de la vida jurídica con fuerza normativa afecten también el ámbito constituido por las relaciones que los particulares establecen entre sí”²⁰⁷. En este sentido, nos parece evidente que es precisamente desde los derechos fundamentales que se producen el encuentro y la necesidad de armonía entre la Constitución y las normas que regulan las relaciones entre privados. Concordamos con Ferrajoli en que “podemos identificar en la garantía de los derechos fundamentales constitucionales establecidos el «fundamento», es decir, los fines, la justificación y, por así decir, la razón social de ese artificio que es el estado constitucional de derecho”²⁰⁸.

Respecto del tercer argumento, relativo al desarrollo y consolidación del estado constitucional social y democrático de derecho, para Bilbao Ubillos, “lo que reivindica es, en definitiva, la prolongación de la lógica propia del Estado de Derecho (la sumisión del poder a reglas y límites jurídicos para preservar la libertad) al ámbito de las relaciones entre individuos y poderes privados, mediante la instrumentación de un sistema de garantías polivalente que sea eficaz también frente a la «arbitrariedad privada»”²⁰⁹.

Respecto de la tesis de la *Drittwirkung der Grundrechte* existirán distintas concepciones y habrá quienes no la admitan. Entre estos últimos se recurrirá principalmente a dos argumentos: “el *histórico*, ya que frecuentemente se recurre al origen y función histórica que han tenido los derechos fundamentales -como derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”²¹⁰ y el de “la supervivencia de la *autonomía de la voluntad* como pilar básico de las relaciones *ius privadas*”²¹¹. Respecto del argumento histórico, Bilbao Ubillos denuncia que esta línea argumental “se atrinchera, pues, en la concepción tradicional del Estado legal de Derecho, como si nada hubiera

²⁰⁶ *Ibidem*, p.260.

²⁰⁷ NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos fundamentales...*, p.192.

²⁰⁸ FERRAJOLI: “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, p.372.

²⁰⁹ BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales...*, p.266.

²¹⁰ MELIS VALENCIA: *Los derechos fundamentales de los trabajadores...*, p.19.

²¹¹ *Ibidem*, p.19.

pasado [después]”²¹². Respecto de la autonomía privada, Gamonal recuerda que “este «dogma» ha sido ampliamente criticado y su construcción doctrinal es tardía”, pone en duda que el Código Civil francés de 1804 “consagrara realmente la autonomía de la voluntad como auténtica fuente del derecho”, junto con hacer notar “la ostensible declinación del dogma”, incluso manifestada por insignes civilistas²¹³. Naranjo de la Cruz agregará que en la actualidad “todo poder se encuentra sometido a las prescripciones constitucionales, por lo que cabe entender que, aunque sólo sea de este modo, el Derecho privado se halla sometido a la Constitución”²¹⁴. Gamonal afirma que hoy las críticas “se centran más en el alcance de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares que en negar radicalmente esta eficacia”²¹⁵.

Entre quienes suscriben la tesis de la *Drittwirkung der Grundrechte* es posible distinguir entre la teoría de la eficacia inmediata o directa (*unmittelbare Drittwirkung*) y de la eficacia mediata o indirecta (*mittelbare Drittwirkung*).

En la teoría de la eficacia mediata o indirecta²¹⁶ se condiciona “la operatividad de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones privadas a la mediación de un órgano del Estado, que sí está vinculado directamente a estos derechos” y “se requiere concretamente de la intervención del legislador o la recepción a través del juez”²¹⁷, en el momento de interpretar la norma aplicable al caso”²¹⁸.

²¹² BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales...*, p.279

²¹³ GAMONAL: *Trabajo y Derecho*, pp.58-59.

²¹⁴ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales...*, p.235. Agrega este autor que “pretender una independencia de las determinaciones civiles frente a la Constitución no es sino una reminiscencia del pensamiento liberal, ya superado, que separa el Estado de la sociedad y que concede la regulación del primero al Derecho constitucional y del segundo al Derecho privado” (*Ibidem*).

²¹⁵ GAMONAL: *Trabajo y Derecho*, p.57.

²¹⁶ Acogida por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en sentencia del caso Lüth-Urtiel BverfGE 7, 198, de 15 de enero de 1958. Vid. ALEXYS: *Teoría de los derechos fundamentales*, p.474 y ss. y BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales*, p.405 y ss.

²¹⁷ La teoría de la *Drittwirkung*, en concepto de VALDÉS DAL-RÉ, vale primariamente para la actividad judicial, “por ello, por cuanto hablar de la influencia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas [...] significa entrar de manera inmediata en un diálogo con los jueces, deferir a la *interpositio legislatoris* el reconocimiento de tales derechos equivale, sencillamente, a negarles eficacia constitucional, mediata o inmediata; en breve, a privarles de su naturaleza de derecho fundamental” (VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de derecho comparado” en *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 17. Enero-Diciembre 2003, p.504).

²¹⁸ BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales...*, p.283. Respecto de la intervención del legislador, su función será la de “concretar el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones «horizontales» mediante la regulación del contenido y las condiciones de ejercicio de los mismos” (*Ibidem*, p.289). Así, se estima que es el legislador democrático quien determina cómo y cuánto han de ser las relaciones privadas irradiadas por los derechos fundamentales. Enfatiza BILBAO UBILLOS

Para Alexy “de acuerdo a la teoría del efecto indirecto entre terceros, cuyos representantes principales son Dürig y el Tribunal Constitucional Federal, los derechos fundamentales en cuanto «decisiones valorativas», «normas objetivas» o «valores iusfundamentales», es decir en cuanto *principios objetivos* [...], influyen en la interpretación del derecho privado”²¹⁹ y “esta influencia se llevaría a cabo, sobre todo, en la concreción de las cláusulas generales del derecho privado, pero puede, además estar presente en toda interpretación de una norma de derecho privado y, en casos especiales, se extendería hasta la justificación de decisiones en contra del texto de la ley”²²⁰. Agrega que, “a pesar de la influencia de derecho fundamental, las normas de derecho privado deberán seguir siendo normas de derecho privado y los derechos y deberes por ellas fundamentados, derechos y deberes de derecho privado”²²¹. Desde la perspectiva de esta teoría “en relación con la posición del juez, el efecto de irradiación debería fundamentar el deber de tener en cuenta en su interpretación la influencia iusfundamental en las normas de derecho privado”²²².

Bilbao Ubillos afirma que desde esta perspectiva “los poderes públicos no sólo estarían obligados a respetar ellos mismos los derechos de rango fundamental, sino también a hacerlos respetar por todos”²²³ y, de este modo, “el problema de la vigencia social de los derechos fundamentales se reconduce al problema del grado y las formas de vinculación a los poderes públicos”²²⁴. Frente a ello sostiene categóricamente que “esta responsabilidad de los órganos estatales no puede ocultar la evidencia de múltiples conflictos entre particulares que tienen relevancia constitucional porque están en juego

que “el legislador ordinario, que tiene considerable margen de actuación («libertad de configuración») para ir ajustando, de acuerdo con la conciencia social, el espacio de libertad de los individuos en las relaciones privadas, tiene que moverse entre dos límites: el contenido esencial de los derechos y la garantía de la autonomía privada” (*Ibidem*, p.291). Por su parte, “los jueces, por imperativo constitucional, tomarán en consideración estos derechos [los fundamentales] como criterios de integración privilegiados a la hora de interpretar las normas de Derecho privado, y, en particular, las que contengan derecho necesario” (*Ibidem*, p.302). Esta doctrina “presupone el reconocimiento del significado objetivo de los derechos fundamentales, una dimensión que ha sido resaltada por la teoría de los valores” (*Ibidem*, p.303).

²¹⁹ ALEXY, Robert: Teoría de los derechos fundamentales, p.469.

²²⁰ *Ibidem*, p.469.

²²¹ *Ibidem*, p.469.

²²² *Ibidem*, p.469.

²²³ BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales...*, p.284.

²²⁴ *Ibidem*, pp.286-287.

derechos fundamentales, presuntamente violados como consecuencia de actos concretos realizados por sujetos privados”²²⁵.

La teoría de la eficacia directa o inmediata nos la explica sintéticamente Alexy, siguiendo a Nipperdey y a la Sala Primera del Tribunal Federal del Trabajo. Afirma Alexy que tal teoría “sostiene que «los derechos fundamentales en sentido clásico, estricto, en cuanto derechos subjetivos públicos se dirigen sólo contra el Estado»” y “al igual que en el caso de la teoría de la eficacia indirecta entre terceros, la influencia de las normas de derecho fundamental en el derecho privado resultaría de «su propiedad como derecho constitucional objetivo, vinculante»”²²⁶. Aclara que “la diferencia consiste en que los principios objetivos no habrían de afectar la relación ciudadano/ciudadano, influyendo en la interpretación de las normas de derecho privado sino en el sentido de que de ellos «fluyen directamente también derechos privados subjetivos del individuo»”, y, como “afirma Nipperdey: «El efecto jurídico es más bien un efecto directamente normativo que modifica las normas de derecho privado existentes -sin que importe que se trate de derecho vinculante o dispositivo, de cláusulas generales o de determinadas normas jurídicas- o crea otras nuevas, sean éstas prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección o razones de justificación»”²²⁷. Concluye Alexy que “en este sentido, los derechos fundamentales habrían de tener una efecto absoluto”²²⁸.

Para Bilbao Ubillos “defender la tesis de la eficacia inmediata frente a terceros es afirmar la virtualidad directa, sin mediaciones concretizadoras, de los derechos fundamentales, en tanto que derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional, frente a las violaciones procedentes de sujetos privados”²²⁹. Así, esta doctrina implica que “con normativa legal de desarrollo o sin ella, es la norma

²²⁵ *Ibidem*, p.287.

²²⁶ ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, p.470.

²²⁷ *Ibidem*, p.470.

²²⁸ *Ibidem*, p.470.

²²⁹ BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales...*, p.325. Esta autor nos recuerda la histórica sentencia de la Corte Suprema de Argentina del caso Samuel Kot, de 5 de septiembre de 1958, la cual señaló que “nada hay ni en la letra ni el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados «derechos humanos» esté circunscrita a los ataques que procedan sólo de la autoridad”.

constitucional la que se aplica como «razón primaria y justificadora» (no necesariamente única) de una determinada decisión»²³⁰.

En síntesis, podemos decir con Valdés Dal-Ré que “los derechos fundamentales siguen concibiéndose como derechos subjetivos; pero añaden una segunda dimensión de carácter objetivo, que les convierte en elementos esenciales del ordenamiento jurídico en su conjunto” y que “esta nueva dimensión adjudicada a los derechos fundamentales transforma la función de garantía del Estado respecto a los mismos, que ya no se expresa sólo mediante la obligación negativa de no interferir o entrometerse en su ejercicio; también se traduce en un deber positivo, en la adopción de un cuadro de medidas positivas encaminadas a promover y facilitar de manera real y efectiva su disfrute, combatiendo y contrarrestando el déficit de derechos fundamentales que pueda aparecer en la sociedad; comprometiéndose, en suma, con la realización y tutela de los derechos fundamentales”²³¹. Junto a ello, “los derechos consagrados en las normas iusfundamentales, sin variar su naturaleza, han modificado o tienden a modificar su estructura subjetiva; dejan de ser entendidos como derechos oponibles solamente frente a los poderes públicos para irrumpir en las relaciones privadas”²³². En palabras de Prieto Sanchís, los derechos fundamentales “exhiben una extraordinaria fuerza expansiva que *inunda, impregna o irradia* sobre el conjunto del sistema” y “ya no disciplinan únicamente determinadas esferas públicas de relación entre el individuo y el poder, sino que se hacen operativos en todo tipo de relaciones jurídicas, de manera que bien puede decirse que no hay un problema medianamente serio que no encuentre respuesta o, cuando menos, orientación de sentido en la constitución y en sus derechos”²³³.

1.1.7. Sobre la oposición o conflicto entre derechos fundamentales en la relaciones entre particulares

Admitida la eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares, es pertinente referirse al eventual conflicto que pudiera producirse cuando, en el ejercicio de un derecho fundamental por parte de un sujeto, pudiera afectarse algún derecho fundamental de otro sujeto. Esto sucede con frecuencia y ello obedece, entre otros

²³⁰ BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales...*, p.327.

²³¹ VALDÉS DAL-RÉ: “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales...”, p.502.

²³² *Ibidem*, p.502.

²³³ PRIETO SANCHÍS: “El constitucionalismo de los derechos”, p.216.

aspectos, a que no existe un sistema jurídico ideal que defina por completo los derechos fundamentales y la relación entre estos²³⁴.

¿Es admisible que los derechos fundamentales de un individuo puedan ser limitados en virtud de derechos fundamentales de otro? Para contestar esta pregunta es necesario clarificar los conceptos de delimitación de los derechos fundamentales y de contenido esencial.

Cuando hablamos de delimitación de los derechos fundamentales nos referimos a la determinación del conjunto de facultades con las cuales la disposición iusfundamental, habitualmente constitucional, configura cada uno de los derechos. Es decir, cuál es su contenido, cuál es el ámbito de ejercicio legítimo de los mismos. Como señala Bernal Pulido, “[d]ado que la determinación del contenido normativo de todo enunciado jurídico es un presupuesto lógico de su aplicación, los derechos fundamentales no pueden aplicarse, si su contenido no ha sido previamente determinado, es decir, si no han sido disipadas todas las perplejidades que se presentan a causa del irreductible déficit de precisión y de explicitud semántica de las disposiciones constitucionales que los tipifican”²³⁵. Sólo una vez que se ha determinado con claridad lo protegido por las disposiciones iusfundamentales podemos constatar si existe o no colisión entre derechos fundamentales.

Como expresa acertada y sintéticamente Melis Valencia, “[e]fectuada la labor de delimitación, estaremos frente a un espacio de protección inicial o provisional del derecho fundamental, que será definitivo en tanto no se imponga un límite constitucionalmente justificado”²³⁶. Por tanto, estaremos frente a un conflicto entre derechos fundamentales cuando las facultades delimitadas del derecho fundamental de un sujeto interfieran en las facultades delimitadas del derecho fundamental de otro

²³⁴ Vid. BERNAL PULIDO, Carlos: “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel (ed.): *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007, pp.317 y ss. Este autor sostiene, además, que “desde el punto de vista de los principios del Estado de derecho y de la democracia, tampoco sería deseable que existiese un sistema jurídico que garantizase la perfecta objetividad”, considerando que en tal sistema “las disposiciones que establecen los principios constitucionales predeterminarían no sólo el contenido de la legislación, sino incluso el de las decisiones administrativas y judiciales” (*Ibídem*, p.318).

²³⁵ BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2003, p.57.

²³⁶ MELIS VALENCIA: *Los derechos fundamentales de los trabajadores...*, p.97.

sujeto. Evidentemente si una de las conductas no se encuentra amparada dentro de las facultades que configuran el derecho, no nos encontraremos en un conflicto entre derechos fundamentales²³⁷.

Se afirma que los derechos fundamentales tienen un contenido esencial que no podría en ningún caso ser legítimamente ser afectado. Así se dispone claramente en los textos constitucionales de España y Chile²³⁸.

El contenido esencial de un derecho fundamental corresponde al núcleo de este derecho, “conformado por el conjunto de facultades o manifestaciones del derecho que no es posible limitar o restringir”²³⁹. En palabras de Parejo Alfonso, el contenido esencial “no es otra cosa que el reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual (aunque sólo sea en alguno de sus elementos) el derecho deja de ser aquello a lo que la norma fundamental se refiere”²⁴⁰.

La determinación del contenido esencial de los derechos es problemática. Como señala acertadamente Viera Álvarez, “se presenta el anhelo de encontrar una esfera irreductible que trascienda las categorías de tiempo y espacio, pero por otro, también se impone la realidad que muestra que los derechos siempre pueden modificarse y limitarse”²⁴¹. Al respecto de la determinación de lo que en definitiva constituye el contenido esencial de los derechos existen diversas teorías que van desde las que consideran el contenido esencial como “una magnitud fija, que se opone a cualquier

²³⁷ En este sentido, NARANJO DE LA CRUZ expresa con claridad que “[s]i ejerciéndose el derecho fundamental en el ámbito privado, el conflicto sólo se plantea entre aquél y un bien o derecho no protegido en sede constitucional, no está en juego el principio de unidad de la Constitución, y la imposición absoluta del derecho fundamental no es sino un reflejo necesario de la misma supremacía de la Norma Fundamental” (NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales...*, p.219).

²³⁸ Así el artículo 53 CE, en relación con los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I señala que “[s]ólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”. Por su parte, el numeral 26 del artículo 19 CCH garantiza “[l]a seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

²³⁹ MELIS VALENCIA: *Los derechos fundamentales de los trabajadores...*, p.102.

²⁴⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano: “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 3, Septiembre/Diciembre 1981, p.180.

²⁴¹ VIERA ÁLVAREZ, Christian: *La libertad de empresa y algunas limitaciones desde la perspectiva de un Estado social. Análisis comparativo de la Constitución española y chilena*, Tesis doctoral, Facultad de Derecho Universidad de Deusto, 2011, p.182.

intento de limitación del derecho”, hasta las que consideran “determinable la extensión del contenido esencial únicamente con ocasión de un conflicto, surgido entre este derecho y otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos”²⁴². Para Parejo Alfonso hay límites de los derechos fundamentales que están explicitados en la Constitución y otros que no lo están y que serán, por tanto, “fruto del proceso de concreción del juego de límites en que, en definitiva, consiste el Derecho”²⁴³.

Naranjo de la Cruz destaca el carácter complementario del contenido esencial y el principio de proporcionalidad, de modo tal que aquel “representa el último límite de los límites de los derechos fundamentales”²⁴⁴. Así, aclara este autor, el contenido esencial estaría conformado, desde una perspectiva, por “las facultades imprescindibles para poder hablar del derecho” o, desde otra, “por los intereses jurídicamente protegidos” y ambos métodos de determinación de tal contenido “prescinden de la relación que toda restricción del derecho establece entre éste y el bien o derecho que la justifica”²⁴⁵. De manera tal que el contenido esencial “[l]evanta el muro, más allá del cual no cabe ponderación de otros bienes o derechos constitucionalmente reconocidos en perjuicio del derecho fundamental”²⁴⁶.

Con todo, siendo el asunto que nos ocupa el conflicto que eventualmente pudiera producirse entre particulares en relación con el ejercicio de sus derechos fundamentales, es preciso tener en cuenta, junto a lo que la propia Constitución pudiera haber explicitado, y con los límites que haya establecido, que el legislador democrático puede haber contribuido a la clarificación de ese contenido esencial²⁴⁷. Dicha determinación

²⁴² NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales...*, pp.142- y 140, respectivamente.

²⁴³ PAREJO ALFONSO, Luciano: “El contenido esencial de los derechos fundamentales...”, p.182. Agrega este autor que “[s]on, pues, límites que se actualizan en los diversos momentos -normativo y aplicativo- de realización del Derecho como consecuencia de la ineludible necesidad de la ponderación de los intereses, bienes o valores presentes en cada caso”, de modo que “[l]a garantía del contenido esencial está dirigida precisamente a preservar para los derechos fundamentales una concreta e irreductible posición última en ese proceso de determinación del Derecho, de modo que en él el juego de acomodo de los bienes en presencia y, consecuentemente, de precisión de límites encuentra en todo caso, a su vez, un límite final: el del contenido esencial de tales derechos fundamentales”.

²⁴⁴ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales...*, p.150

²⁴⁵ *Ibidem*, pp.148 y 149.

²⁴⁶ *Ibidem*, p.150.

²⁴⁷ NARANJO DE LA CRUZ no comparte la postura de que el legislador en su función conformadora pudiera dotar al derecho fundamental de su contenido esencial, porque “[e]l resultado sería paradójico: un contenido esencial, que se opone al legislador como barrera infranqueable, quedaría finalmente en sus manos” (NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos fundamentales...*, pp.130-131). Sin embargo, entendiendo que el legislador no puede conformar su propio límite y que, por tanto, que no puede quedar

legislativa, salvo que se le pudiere tachar de inconstitucional, ha de ser considerada por el juez a la hora de resolver el conflicto. No obstante, cabe tener presente que la determinación absoluta *a priori* del contenido esencial de los derechos, el que sería imposible limitar, podría conducirnos a un dilema jurídico sin solución, en aquellos casos en que se estimara que las facultades de ambos derechos en conflicto se encuentran dentro del contenido esencial de los mismos, en el entendido que ningún bien constitucionalmente protegido podría resultar absolutamente postergado²⁴⁸.

Más allá del problema de a quién le corresponde determinar el contenido esencial y la oportunidad de tal determinación, podemos afirmar, entonces, que el ámbito del conflicto, donde un derecho puede eventualmente imponer límites a otros, se definirá en el espacio delimitado, con exclusión del contenido esencial.

Admitido que pueden existir limitaciones a los derechos fundamentales de un sujeto por los derechos fundamentales de otro, ¿cómo se resuelve cuál es el derecho que prima? ¿Se puede establecer *a priori* una jerarquía o la preferencia de algunos derechos sobre otros? Si no se admite esta jerarquía, ¿cómo se resuelve en cada caso? Escapa a las pretensiones de este trabajo y, en particular, de este capítulo introductorio abordar extensamente el interesante debate que estas cuestiones plantean. Con todo, no podemos dejar de referirnos sucintamente a ellas.

Hoy en día los jueces a la hora de resolver sobre estas colisiones de derecho suelen recurrir a la ponderación a través del principio de proporcionalidad. Es el caso de la jurisprudencia constitucional española que, descartando la prevalencia jerárquica de los derechos, luego de delimitar los respectivos derechos y constatar las limitaciones de que son objeto, recurre al juicio de proporcionalidad. Nos encontramos frente a “técnicas de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto que actúan en el terreno de la justificación de las medidas limitativas de los derechos fundamentales para abocar a un resultado final de imponer sacrificios a uno u otro o a ambos, estableciendo

entregado a él determinar el contenido esencial de los derechos, es posible afirmar que desde la perspectiva de los particulares en conflicto y de los propios tribunales, el legislador democrático, fruto de su propio ejercicio ponderativo, puede proporcionar en las leyes criterios de qué es lo esencial de un determinado derecho. En este sentido, el propio NARANJO DE LA CRUZ plantea que “cuando el supuesto de hecho que encierra un conflicto entre bienes y derechos constitucionalmente protegidos se halla regulado legalmente, previendo la normativa una limitación del derecho, el juez ante el que se plantea el caso se ha de atener al marco proporcionado por la misma como consecuencia de su deber de sometimiento a la ley”.

²⁴⁸ Vid. *Ibidem*, p.223.

la prevalencia en el caso concreto de uno de ellos y descartando las limitaciones o sacrificios desproporcionados”²⁴⁹.

Se sostiene por Bernal Pulido que para Alexy “los derechos fundamentales deben aplicarse por medio del principio de proporcionalidad, en razón del carácter de principios –es decir, de mandatos de optimización- que tienen las normas constitucionales que los establecen”²⁵⁰. Este autor ha sostenido sistemáticamente que “[l]a definición de los principios como mandatos de optimización conduce directamente hacia una conexión necesaria entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad”²⁵¹. Zagrebelsky afirma que “[l]a pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación”²⁵².

A este efecto, propone Alexy un canon o *test* de proporcionalidad. Este autor sostiene que “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas” y que “esta definición implica el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y viceversa: que el carácter de principios de los derechos fundamentales se sigue lógicamente del principio de proporcionalidad”²⁵³. Agrega que “esta equivalencia significa que los tres subprincipios de la proporcionalidad definen lo que debe entenderse por «optimización», de acuerdo con la teoría de los principios”²⁵⁴.

²⁴⁹ CASAS BAAMONDE, María Emilia: “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, año 20, N° 12, junio 2004, p.2.

²⁵⁰ BERNAL PULIDO, Carlos: “Estudio Introductorio”, p.xxix.

²⁵¹ ALEXY Robert: “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril 2011, p.13.

²⁵² ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*, p.125.

²⁵³ ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, p.524. BERNAL PULIDO agregará que los mandatos de optimización ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, no sólo de acuerdo a las posibilidades jurídicas y fácticas, sino que también a las posibilidades epistémicas existentes. Entonces, “[l]a definición de los principios como mandatos de optimización es compatible con el reconocimiento de que no siempre es posible conocer cuál es el punto en que se optimiza la relación de los principios que entran en colisión” (BERNAL PULIDO, Carlos: “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, p.324).

²⁵⁴ *Ibidem*, p.524

Los dos primeros subprincipios expresan la pretensión “de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades fácticas”²⁵⁵. El subprincipio de idoneidad, también conocido como de adecuación, tiene que ver con la relación medio-fin, en el sentido de que el medio es útil e idóneo para el fin propuesto, sin embargo, aclara Alexy, que “el aspecto de la optimización que subyace al subprincipio de idoneidad no consiste en navegar a un punto máximo”, sino que “tiene más bien el status de un criterio negativo, mediante el cual se puede detectar qué medios no son idóneos”²⁵⁶. El subprincipio de necesidad, también conocido como de indispensabilidad, “exige que de dos medios igualmente idóneos, sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado”²⁵⁷, así la limitación será necesaria, cuando se haya escogido entre las medidas limitativas la menos gravosa.

El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a que la limitación al derecho fundamental guarda una relación razonable y proporcionada con la relevancia del interés que se ha tratado de proteger; es decir, se refiere a proporción entre el sacrificio del derecho y el bien que se tutela. Este subprincipio, en palabras de Alexy, “expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario”; así, este principio “es idéntico a la ley de ponderación que establece [...] cuanto mayor sea el grado de satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”²⁵⁸.

Sin embargo, otros autores, como Comanducci, consideran “particularmente peligrosa la técnica de la ponderación caso por caso de los principios incorporados al texto constitucional”²⁵⁹. Agrega el citado autor que “[l]a deliberada opción de no instituir jerarquías explícitas entre los principios, al menos por grupos de casos [...], implica la atribución a los jueces constitucionales de un margen tan amplio de discrecionalidad que los convierte no sólo en legisladores sino incluso, en algunos casos, en coautores de la misma Constitución”²⁶⁰.

²⁵⁵ *Ibidem*, p.524

²⁵⁶ *Ibidem*, p.525

²⁵⁷ *Ibidem*, pp.525-526.

²⁵⁸ *Ibidem*, p.529.

²⁵⁹ COMANDUCCI, Paolo: “Modelos e interpretación de la Constitución”, en CARBONELL, Miguel (ed.): *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007, p.66.

²⁶⁰ *Ibidem*.

Ferrajoli es notablemente escéptico respecto de la ponderación²⁶¹. Para este autor los derechos fundamentales son en gran parte “principios regulativos”, en tanto tales “son, en realidad reglas, en cuanto que dictan figuras deónticas como son los derechos subjetivos y las prohibiciones, por su naturaleza susceptibles de observancia y de inobservancia”²⁶². De ahí que cuestione la derogabilidad, aun si ponderada, de los principios, insistiendo en que “los principios regulativos de rango constitucional, al consistir en figuras deónticas, son rígidamente normativos tanto frente a los espacios de la política y de la legislación [...] como frente a la jurisdicción”²⁶³.

Si bien Ruiz Manero agregará que estos principios “no admiten -a diferencia de las directrices y contra lo que parece pensar Alexy- modalidades graduables de cumplimiento: al igual que las reglas, los principios regulativos sencillamente se cumplen o se incumplen”²⁶⁴, matizará señalando que hay una diferencia capital entre las reglas y los principios regulativos: el antecedente de unas y otras. Explica que “[e]n el caso de las reglas, ese antecedente está configurado por un conjunto de propiedades genéricas que son independientes de las razones que puedan darse a favor o en contra de realizar la acción que figura en el consecuente de la propia regla”, mientras que “en el caso de los principios, las cosas son bien diferentes: aquí, al no aparecer configurado el antecedente mediante un conjunto de propiedades genéricas independientes, este antecedente no puede reconstruirse más que como apelando al mayor peso que tengan las razones para realizar la acción que figura en el consecuente del principio de que se trate frente al peso que puedan tener las razones para realizar otra(s) acción(es) que figure(n) en el consecuente de otro(s) principio(s)”²⁶⁵. Concluye Ruiz Manero que “esta es la razón de que las reglas puedan ser aplicadas sin necesidad de ponderación y que esa misma ponderación sea ineludible en el caso de la aplicación de principios”²⁶⁶. Replicará Ferrajoli que “las relaciones de actuabilidad expresadas por la reglas téticas

²⁶¹ Vid. ATIENZA, Manuel: *Sobre Ferrajoli*, ponencia en Jornada de Fundación Coloquio Jurídico Europeo: “Las garantías de los derechos fundamentales. Garantismo y teoría del derecho”, 23 de febrero de 2006, disponible [en línea] en http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada3/2_ATIENZA.pdf [citado en mayo de 2015].

²⁶² FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan: *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, p.95.

²⁶³ *Ibidem*, p.99.

²⁶⁴ *Ibidem*, pp.99-100.

²⁶⁵ *Ibidem*, p.100.

²⁶⁶ *Ibidem*, p.100. Explica RUIZ MANERO que “si la Constitución no determina, por ejemplo, en qué conjunto de circunstancias genéricas el derecho al honor o la intimidad prevalecen frente a la libertad de información, inevitablemente el órgano aplicador –legislativo o jurisdiccional- habrá de «derogar»...a uno de ellos en todos aquellos casos en que ambos sean, de entrada, aplicables” (p.100-101).

que disponen situaciones -como los derechos fundamentales, o la prohibición como delito de la calumnia o la prohibición de aparcamiento de automóviles- no son, por sí mismas, más indeterminadas que las relaciones de eficacia expresadas por reglas hipotéticas que predisponen efectos para los actos previstos en ellas” y “[e]n ambos casos, en efecto, la determinación de la regla depende por completo de la taxatividad, o sea, de la precisión con que está formulado el comportamiento previsto por ella, que en el caso de la eficacia es su antecedente y en el caso de la actuabilidad es su consecuente”²⁶⁷.

Frente a la crítica de que el recurso a los principios afectaría la certeza y abriría el camino al arbitrio de los intérpretes, Zagrebelsky señala que “[l]o que puede aparecer como arbitrio de los intérpretes y falta de certeza del derecho no depende en absoluto, en lo fundamental, de una u otra concepción de la interpretación del derecho, sino de condiciones mucho más de fondo en las que el derecho está llamado a operar”²⁶⁸. Este autor, constatando que vivimos en una sociedad pluralista en la que existen diversos puntos de vista y que los principios consisten en nociones de contenido variable que cumplen una función dinámica, afirma que “no sólo es dudoso que la certeza, como fijeza del ordenamiento en todas sus partes, pueda ser hoy un objetivo realista” y que “[t]ambién es dudoso que sea deseable”²⁶⁹. Ante la imposibilidad de la determinación completa del contenido de los derechos fundamentales en las normas iusfundamentales, Bernal Pulido sostiene que “adquiere sentido la tarea de indagar, mediante qué criterio metodológico es factible obtener el mayor grado de racionalidad relativa en la determinación del contenido de los derechos fundamentales” y, a su juicio, “el principio de proporcionalidad es el criterio que ofrece este mayor grado de racionalidad relativa, si se le compara con los demás criterios propuestos hasta el momento por la doctrina y aplicados por la jurisprudencia”²⁷⁰. Destaca el citado autor que la ponderación obliga a fundamentar, mientras que otros criterios metodológicos se conforman simplemente con afirmar²⁷¹⁻²⁷².

²⁶⁷ *Ibidem*, p.109.

²⁶⁸ ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*, p.145.

²⁶⁹ *Ibidem*, p.146-147. Agrega que “[l]a certeza descargaría sobre el legislador una tarea insoportable de incesante modificación del derecho vigente, una tarea que se desarrolla, en cambio, en la labor silenciosa y soterrada de las salas de los tribunales y de los estudios de los juristas”.

²⁷⁰ BERNAL PULIDO: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pp.66 y 67, respectivamente.

²⁷¹ *Vid.* BERNAL PULIDO: “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, pp.319-322.

Alexy insistirá en que no sólo hay una conexión necesaria entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad, sino que hay, por otro lado, “una conexión necesaria entre la teoría de los principios, incluyendo al principio de proporcionalidad —su equivalente—, y los derechos fundamentales”²⁷³. Para ello explica que “los derechos fundamentales son derechos que han sido consagrados en una Constitución con la intención de transformar a los derechos humanos en derecho positivo”, que “los derechos humanos *qua* derechos fundamentales pertenecen a la dimensión ideal del derecho” y que “[e]l carácter ideal de los derechos humanos no se desvanece una vez ellos hayan sido transformados en derecho positivo”, sino que “los derechos humanos permanecen conectados con los derechos fundamentales como razones en favor o en contra del contenido que ha sido establecido a través de la positivización y como razones exigidas por la textura abierta de los derechos fundamentales”²⁷⁴.

Por otra parte Alexy, enfatiza que, en tanto derechos abstractos, “los derechos humanos colisionan inevitablemente con otros derechos humanos y con bienes colectivos” y, en consecuencia, “requieren de la ponderación”. Agrega que “[l]os principios están conectados con todas las normas de derecho fundamental independientemente si ellos, como tales, tienen carácter de reglas o de principios” y que “[s]i el legislador constituyente ha superado una colisión de principios expidiendo una regla, entonces el principio formal de autoridad de la Constitución exige que esta regla sea respetada” (en este aspecto podría coincidir con Ferrajoli), pero que “[s]in embargo, si esta regla es ambigua, vaga o evaluativamente abierta, los principios sustantivos que se encuentran tras la regla entrarán inmediatamente en juego”²⁷⁵.

²⁷² En esa línea, ALEXY señala que en la formula del peso, los valores que sustituyen a las variables representan proposiciones y cada proposición “puede ser fundamentada, y, de hecho, tiene que ser fundamentada”, lo que “se puede llevar a cabo solamente mediante la argumentación”. Por lo tanto, en su concepto, “la fórmula del peso resulta ser un argumento perteneciente al discurso jurídico racional” y “[c]omo tal, ella se hace imprescindible para poder introducir «orden al pensamiento jurídico»”. Concluye ALEXY que “esto pone en claro qué puntos son los decisivos y cómo dichos puntos se relacionan los unos con los otros” y que “[u]na estructura de discurso iusfundamental que asegure mayor racionalidad no es posible” (ALEXY: “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, p.28.)

²⁷³ ALEXY: “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, p.19.

²⁷⁴ *Ibidem*, pp.24-25.

²⁷⁵ *Ibidem*, p.26.

1.2. Los derechos fundamentales y el trabajo humano

Hemos identificado fenómenos que fundan el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares, los cuales tienen particular incidencia en el ámbito de las relaciones laborales. Así, la afirmación de la Constitución como base del ordenamiento jurídico en su conjunto supone definir un marco y una orientación también para el trabajo subordinado y dependiente. De igual modo, la existencia de un poder privado de la envergadura que detenta el empresario frente a los trabajadores exige que éste se encuentre limitado por los derechos fundamentales de éstos (recordemos que, en buena medida es, precisamente, a partir de casos laborales que surge y se desarrolla de teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte*). Por último, el estado constitucional social y democrático de Derecho ha supuesto, por una parte, la consagración de derechos fundamentales de naturaleza laboral en los textos constitucionales, y, por otra, en relación con la constitucionalización del Derecho, la irrupción de los derechos de las personas en los lugares de trabajo.

1.2.1. La constitucionalización del Derecho del Trabajo y el conflicto iusfundamental en el ámbito laboral

Nos hemos referido a la superación de la concepción que entendía al Derecho constitucional separado del resto del Derecho, para ser reemplazada por una visión unitaria que reconoce la constitución como norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico. Esto supone leer el Derecho en clave constitucional e implica la eficacia normativa de las normas constitucionales en el ámbito de las relaciones entre los particulares. Este cambio paradigmático evidentemente transformará la comprensión de la relaciones entre empresario y trabajadores. El mundo laboral debe también desarrollarse a partir de y con sujeción a los principios y valores que el constituyente ha definido para la sociedad.

Es posible afirmar, como lo hace Casas Baamonde, que la constitucionalización del Derecho del Trabajo “encuentra una de sus manifestaciones más señaladas en el

papel de los derechos fundamentales y las libertades públicas”²⁷⁶. Es precisamente con la irrupción de éstos en la empresa que cobra sentido la normatividad de la Constitución el ámbito de relaciones laborales. Esto es posible en tanto, como señala Naranjo de la Cruz, “se llega al convencimiento de que la norma iusfundamental no garantiza tan sólo un ámbito de inviolabilidad frente al Estado, sino un auténtico *status socialis*, esto es, una posición jurídica del individuo que reclama respeto frente a todos”²⁷⁷.

Este fenómeno, cuyo inicio podemos ubicar con el denominado constitucionalismo social, que surge a partir de la segunda década del siglo XX, tiene a fines de dicha centuria y a comienzos de la presente nuevas connotaciones. Desde Querétaro y Weimar hasta el reconocimiento de derechos del trabajador, en tanto persona, es posible apreciar no sólo una notable evolución, sino una radical transformación de cómo se entiende la relación entre trabajo y Constitución. Será preciso tener presente que el modo en que este fenómeno se produce será claramente diferente según se trate, por una parte, de los derechos fundamentales propiamente laborales o derechos sociales y, por la otra, de los derechos de la persona del trabajador o derechos inespecíficos, en términos del profesor Palomeque López²⁷⁸.

En la actualidad, fruto de la constitucionalización del Derecho del Trabajo, como señala Casas Baamonde, “no se trata ya de hacer compatibles los derechos fundamentales con el contrato de trabajo, sino de afirmar la condición de aquellos de elementos estructurales de dicha relación contractual que expresan la superación de la lógica de intercambio patrimonial a que sirve el contrato de trabajo en su caracterización dogmática”, de modo que “[e]s el propio contrato, que justifica la desigualdad jurídica y los poderes directivos del empresario, el que, negada su autonomía respecto de la Constitución, se erige en instrumento de defensa de la libertad del trabajador y de establecimiento de nuevos límites a la libertad de empresa, que recrea formas organizativas complejas que se proyectan sobre la organización del

²⁷⁶ CASAS BAAMONDE, María Emilia: “Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 11, 2004, p.5.

²⁷⁷ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales...*, p.212.

²⁷⁸ Vid. Como nos recuerda Gutiérrez Pérez, la primera utilización de este concepto por Palomeque López fue en el prólogo del libro de ROJAS RIVERO, Gloria Pilar: *La libertad de expresión del trabajador*, Trotta, 1991, pp.7-9 y, luego en PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos: *Los derechos laborales en la constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp.31-34 (GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, p.17).

trabajo con exigencias sobre la libertad personal desconocidas en el mundo industrial”²⁷⁹.

El fenómeno de la constitucionalización del Derecho del Trabajo fortalece lo que a través de esta rama del Derecho se ha venido buscando desde sus inicios. En este sentido, podemos afirmar que la comprensión del papel de los derechos fundamentales “como leyes del más débil”²⁸⁰, siendo perfectamente coherente con los principios que inspiran el Derecho de Trabajo, viene a vigorizar su rol tutelar²⁸¹. En este sentido, compartimos con Casas Baamonde la idea de que “el análisis del contrato de trabajo desde los derechos fundamentales y libertades públicas proporciona cambios insospechados en el entendimiento de su regulación jurídica también tradicional”²⁸², de modo que, como señala Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, se produce una “reconversión constitucional del contrato de trabajo”²⁸³. Aún más allá, cabe cuestionarse respecto del Derecho del Trabajo “en qué medida la «ascensión» de los derechos fundamentales, la hegemonía del discurso sobre los mismos, modifica su entendimiento tradicional, la comprensión «ideal-típica» del Derecho del trabajo”²⁸⁴.

Los trabajadores son titulares de derechos fundamentales exigibles ya no sólo del Estado sino también respecto de sus empleadores. Esto, como se ha podido constatar a través de la historia, significará el surgimiento de conflictos entre los derechos de aquellos y las potestades estos. En la medida que comprendamos que estas últimas corresponden también al ejercicio de un derecho fundamental estaremos ante un conflicto iusfundamental, en el entendido que los derechos no son absolutos y pueden limitarse o restringirse frente a derechos, bienes y valores de rango equivalente. Si así fuera, como nos recuerda Valdés Dal-Ré, “la configuración de este conflicto como una

²⁷⁹ CASAS BAAMONDE: “Una nueva constitucionalización...”, p.6.

²⁸⁰ FERRAJOLI: “Sobre los derechos fundamentales”, p.75.

²⁸¹ Goldin destaca que el reconocimiento de los derechos fundamentales el trabajo como límite del poder empresarial, “parece profundizar la idea histórica del Derecho del Trabajo” (GOLDIN, Adrián: “Conceptualización universal y construcciones locales sobre la idea del Derecho del Trabajo”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 20, 2010, s/p). Es pertinente recordar la STCE 129/1989, de 17 de julio, en la cual se afirma que “la vigencia de los derechos fundamentales puede resultar singularmente apremiante en el ámbito laboral, en el que la desigual distribución de poder social entre trabajador y empresario y la distinta posición que éstos ocupan en las relaciones laborales elevan en cierto modo el riesgo de eventuales menoscabos de los derechos fundamentales del trabajador”.

²⁸² CASAS BAAMONDE: “Una nueva constitucionalización...”, p.7

²⁸³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel: “25 años de Derecho del Trabajo en Relaciones Laborales”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 23-24, 2010, s/p.

²⁸⁴ CASAS BAAMONDE: “Una nueva constitucionalización...”, p.8

colisión entre derechos de rango constitucional suministra ya los criterios que han de manejarse para su solución y que se sustancian en una ponderación entre ellos a través del principio de proporcionalidad”²⁸⁵. Así, el citado autor, situando la ponderación en el razonamiento de un juez ante un conflicto de fondo sobre la tutela de un derecho fundamental del trabajador, señala que “ese razonamiento habrá de verificar si las restricciones constitutivas de la queja del trabajador, son adecuadas, indispensables y proporcionales”²⁸⁶, es decir, “ha de constatar que el acto empresarial impeditivo del derecho fundamental del trabajador no traspasa lo razonable, es necesario para lograr el fin perseguido y mantiene un principio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y el bien que se tutela”²⁸⁷. Ello exige, como recuerda Casas Baamonde, determinar el ámbito de ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, pues ese es el protegido constitucionalmente²⁸⁸.

Se hace ahora necesario, a fin de abordar adecuadamente el tema de los derechos fundamentales en el ámbito del trabajo, referirse separadamente los derechos fundamentales específicamente laborales y los derechos de toda persona que, en virtud de esa misma condición, corresponden a todo trabajador también cuando presta servicios al empresario. Lo anterior, considerando que su reconocimiento se ha producido de manera distinta y en diversos tiempos. Una vez efectuado esto, debemos analizar la relación entre los derechos fundamentales de los trabajadores y los poderes empresariales.

²⁸⁵ VALDÉS DAL-RÉ: “Contrato de trabajo, derechos fundamentales...” p.99.

²⁸⁶ *Ibídem*, p.100. Señala este autor que: “En primer lugar, el juez habrá de comprobar si la limitación impuesta por el empresario sirve o no para garantizar su libertad de empresa y las facultades de ellas derivadas; si existe o no adecuación entre el acto limitativo al derecho fundamental de la persona del trabajador y el único derecho que legítimamente puede enfrentarse a aquel. El juicio de adecuación determinará, por consiguiente, el reconocimiento al trabajador de la tutela solicitada cuando la conducta del empleador sea manifiestamente irracional, arbitraria o caprichosa; cuando, en suma, resulte inefectiva o inútil para el fin perseguido. En segundo lugar, el órgano judicial habrá de constatar si la restricción al derecho fundamental es estrictamente indispensable o imprescindible para salvaguardar la facultad que ha legitimado su adopción. Por consiguiente, el saldo del juicio de indispensabilidad resultará negativo cuando la decisión empresarial sea la alternativa más gravosa de entre las posibles; o, enunciada la idea en positivo, la restricción del empresario sólo logrará superar el test de imprescindibilidad si la medida adoptada comporta, para la esfera de la libertad protegida, el menor sacrificio. Por último, el juez habrá de averiguar si la limitación al derecho fundamental guarda relación razonable y proporcionada con la relevancia del interés que se ha tratado de proteger por parte del empresario” (*Ibídem*, pp.100-101).

²⁸⁷ *Ibídem*, p.101.

²⁸⁸ *Vid.* CASAS BAAMONDE: “La plena efectividad de los derechos fundamentales...”, p.3.

1.2.2. *Los derechos fundamentales laborales o específicos.*

Pérez Luño define como derechos sociales en sentido estricto²⁸⁹ a “aquellos derechos fundamentales dirigidos a tutelar la actividad práctica del *homo faber*, o sea, al ser humano en su condición de trabajador”²⁹⁰. A ellos serán a los que nos referiremos, en adelante, indistintamente como derechos fundamentales laborales específicos o como derechos sociales. El uso de esta última terminología para referirse a derechos de contenido laboral tiene justificaciones históricas suficientemente explicadas por la doctrina²⁹¹.

Es pertinente clarificar que la expresión derechos sociales utilizada con el significado indicado en el párrafo precedente por Pérez Luño no es equivalente en su contenido a idéntica expresión utilizada en la clasificación de Ferrajoli que presentáramos anteriormente y que se refiere a las expectativas positivas o de prestación por parte de otros, de las que son titulares las personas y/o los ciudadanos. En efecto, entre los derechos sociales o derechos fundamentales laborales específicos no sólo encontramos expectativas positivas, como podría ser el derecho al trabajo o el derecho a una justa remuneración, sino que encontramos derechos de libertad, es decir, expectativas negativas o de inmunidad, como podría ser la libertad de trabajo o la

²⁸⁹ En un sentido más amplio, Abramovich y Courtis se referirán a los derechos sociales como una noción que “es en gran medida producto de la crítica a las insuficiencias y distorsiones del modelo liberal”, relacionada “con el origen de la idea de «Derecho social», que se sitúa en el último tercio del siglo XIX” (ABRAMOVICH Y COURTIS: *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el estado social constitucional*, Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp.10 y 11). Para estos autores “los derechos sociales son el fruto del intento de traducir expectativas (individuales o colectivas) respaldadas legalmente el acceso a ciertos bienes en consonancia con la lógica de este modelo”, y “rasgo común de la regulación jurídica de los ámbitos configurados a partir del modelo de Derecho social -como trabajo, seguridad social, salud, educación, vivienda o medio ambiente- es la utilización del poder del Estado, con el propósito de equilibrar situaciones de desigualdad material – sea a partir del intento de garantizar estándares de vida mínimos, mejores oportunidades a grupos sociales postergados, compensar las diferencias de poder en las relaciones entre particulares o excluir un bien del libre juego del mercado” (*Ibidem*, p.16).

²⁹⁰ PÉREZ LUÑO: *Los derechos fundamentales*, p.193.

²⁹¹ Alonso Olea afirma que “rechazar la denominación Derecho social [para el Derecho del Trabajo] con la mera afirmación de que se trata de un pleonismo porque todo derecho es social, es ignorar las profundas implicaciones de lo que un día se llamó problema o «cuestión» social y la intensidad con que fue vivida por sus contemporáneos, o en una de las configuraciones primeras del Derecho del Trabajo como un derecho de clase, o la significación de un derecho de grupos sociales frente a un derecho individualista, ignorar, en suma, las limitaciones de contenido que existen tras los cambios de denominación”. Agrega que “por otro lado, quienes utilizaron las denominaciones antiguas tuvieron en ocasiones clara noción de que el trabajo era la realidad dominante que singularizaba la disciplina entonces naciente” (ALONSO OLEA, Manuel, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 4ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1981, p.21-22).

libertad sindical. En la misma línea, tampoco es coincidente con la expresión derechos sociales fundamentales utilizada por Alexy para referirse a los derechos prestacionales en sentido estricto, es decir, “los derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo tuviera los medios financieros suficientes, y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtener también de los particulares”²⁹².

El fenómeno de reconocimiento en los textos constitucionales de derechos sociales en el sentido más amplio²⁹³ se ha venido en denominar como constitucionalismo social, el cual se basa en la concepción del Estado Constitucional de Derecho como un Estado Social y Democrático de Derecho. Este cambio se funda en la “exigencia de un Estado que intervenga en la sociedad, que asuma funciones de procura asistencial y de redistribución; un Estado que opere activamente contra la desigualdad social, para que la igualdad jurídica y la libertad individual, incluidas en las garantías del Estado de Derecho, no se conviertan en una fórmula vacía para un número de ciudadanos cada vez más amplio”²⁹⁴. Es interesante destacar, como lo hace Däubler, que en un contexto económico delicado y convulso, en lugar de reducir la protección y suprimir derechos, se opta por construir más democracia²⁹⁵.

La incorporación como derechos fundamentales de ciertos derechos laborales en las Constituciones de los Estados se comienza a producir en la segunda década del siglo XX. Los primeros ordenamientos constitucionales en consagrar este tipo de normativa son los de México en 1917 (Constitución de Querétaro) y de Alemania en 1919 (Constitución de Weimar). Romagnoli identifica en Weimar un cambio en la concepción del poder, que, por una parte, sanciona el paso del Derecho del Trabajo de una fase meramente privatística a una fase constitucional y, por otra, supone que la

²⁹² ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, p.443. Clarificando aún más, ALEXY indica que “cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la seguridad social, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos prestacionales en sentido estricto” (*Ibidem*, p.443).

²⁹³ Descrito por ABRAMOVICH Y COURTIS y que citáramos en nota precedente.

²⁹⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, p.35. Con todo, cabe consignar que este autor formula severas observaciones al concepto de Estado social de Derecho (*Vid. Ibidem*, p.34-40).

²⁹⁵ *Vid. DÄUBLER, Wolfgang*: “El futuro del Derecho del trabajo: consideraciones desde una perspectiva alemana”, en CASAS BAAMONDE, María Emilia; CRUZ VILLALÓN, Jesús y DURÁN LÓPEZ, Federico (Coord.): *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española : estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, 2006, p.63.

Constitución deja de ser solamente reguladora de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y pasa a ser ley fundamental también para el Derecho privado²⁹⁶.

Con Valdés Dal-Ré constatamos que la consagración de “los denominados derechos sociales²⁹⁷ en su doble vertiente de derechos de libertad colectiva y de prestación, es el resultado histórico de una profunda ruptura del modelo constitucional hasta entonces imperante o, si se quiere formular la idea de otro modo, es el fruto de la refundación, con otros actores políticos y bajo otros principios, del pacto constitucional”²⁹⁸.

Chile y España no estarán ajenos a este movimiento del constitucionalismo social e incorporarán tempranamente en su Cartas fundamentales el reconocimiento de derechos del ámbito laboral.

En el caso de Chile, ya a partir de la Constitución Política del Estado de 1925 se reconocen derechos de esta naturaleza. Así puede verse en el numeral 14 del artículo 10 de la citada Carta fundamental, en su formulación original, que se refiere a la protección al trabajo, la previsión social, las condiciones económicas de la vida y a la libertad de trabajo. Su texto fue sustituido, en enero de 1971, por la ley N° 17.398, Estatuto de Garantías Constitucionales, que mantuvo en ese numeral los derechos de contenido laboral, ampliándolos²⁹⁹, y consagró en el numeral 16 los relativos a la seguridad social. Más adelante se considerarán estos derechos en los numerales 20 y 22 del artículo 1° del Acta Constitucional N°3 de 1976, los que fueron posteriormente sustituidos por el artículo 1°, letras a) y b) del decreto ley 2.755, publicado en 1979.

En el caso español es posible identificar elementos del constitucionalismo social en la Constitución republicana de 1931. Es claramente expresión de este fenómeno el

²⁹⁶ Vid. ROMAGNOLI: “Weimar, ¿y después?”, p.6.

²⁹⁷ La expresión derechos sociales es utilizada aquí en el sentido que hemos descrito, es decir, como derechos fundamentales laborales específicos.

²⁹⁸ VALDÉS DAL-RÉ: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre...”, p.72. Entre las libertades de dimensión colectiva Valdés Dal-Ré menciona a vía ejemplar los derechos de sindicación y de huelga y entre los derechos de prestación cuya satisfacción requiere de la adopción de concretas medidas positivas menciona -también a vía ejemplar- los derechos a un salario suficiente, a una jornada de trabajo limitada o a una protección social adecuada.

²⁹⁹ Junto a la libertad de trabajo y el derecho al trabajo, se reconoce el derecho a una remuneración suficiente y a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan. Se reconoce además la libertad sindical y el derecho de huelga.

propio artículo 1º de aquella Constitución, el cual define a España como una “República democrática de trabajadores de toda clase”. Específicamente en materia de derechos fundamentales laborales, el artículo 39 de la Carta fundamental se refiere a la libertad sindical, mientras que el artículo 46 se refiere al trabajo y su protección, de modo de asegurar las condiciones necesarias para una existencia digna.

En la actual Constitución Política de Chile se reconocen, dentro de las garantías constitucionales del artículo 19, en sus numerales 16 y 19, derechos de claro contenido laboral. Así consagra la libertad de trabajo, el derecho a la justa retribución, la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral, la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva y el derecho a huelga. Normalmente los derechos a la igualdad y a la no discriminación son catalogados dentro de los derechos inespecíficos, en tanto han sido reconocidos en los textos constitucionales a todas las personas, en tanto tales, y respecto de los diversos ámbitos de la vida social. Sin embargo, en el caso de la Constitución chilena, además del reconocimiento general de estos derechos, hay un reconocimiento específico como garantía constitucional en el ámbito del trabajo.

En España también se encuentran reconocidos en diversos artículos de la Constitución actual derechos de contenido laboral. Así, desde una perspectiva individual, en el artículo 35 se reconoce el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo³⁰⁰, mientras que el artículo 40.2 se refiere a la formación y readaptación, la seguridad e higiene en el trabajo y el descanso³⁰¹. En lo colectivo, se reconoce la libertad sindical (artículo 28.1, que debe vincularse a lo dispuesto en el artículo 7), el derecho a la negociación colectiva laboral (artículo 37.1) y

³⁰⁰ Sólo tratándose de la discriminación retributiva basada en el sexo, existe en la Constitución española una consagración específicamente laboral de su prohibición, sin perjuicio de la norma del artículo 14 que establece de manera general su interdicción “por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

³⁰¹ Si bien todos los derechos mencionados se encuentran en el Título I, “De los derechos y deberes fundamentales”, aquellos del artículo 40.2 se encuentran en el Capítulo tercero, “De los principios rectores de la política social y económica”, mientras todos los restantes se encuentran en el Capítulo segundo, “Derechos y libertades”. Cabe consignar que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53, “[e]l reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos” y [s]ólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

a adoptar medidas de conflicto colectivo (artículo 37.2), en particular, el derecho a huelga (artículo 28.2).

1.2.3. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador o derechos inespecíficos.

Entre los derechos fundamentales están aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas. El trabajador, en tanto persona, es titular de tales derechos. Entendemos que la vinculabilidad horizontal de los derechos fundamentales de los trabajadores es una exigencia de la dignidad humana en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho. La reivindicación de un trato para el trabajador acorde a su dignidad de persona, ha de manifestarse en exigencias para el empleador de no impedir las libertades personales y de adoptar medidas que faciliten su ejercicio y para el legislador de dotar a sus titulares de mecanismos eficaces para garantizar dichas libertades.

Aunque, a esta altura de la historia, pudiera parecernos evidente que los derechos reconocidos en un ordenamiento a todas las personas han de poder ser ejercidos en los diversos ámbitos de la vida, incluido, por cierto, el ámbito de las relaciones laborales, ello no ha estado ni está todavía del todo claro. Por mucho tiempo ha parecido que el trabajador, al traspasar el umbral de acceso a su trabajo, ingresa -como Alicia en el País de las Maravillas- a un mundo ajeno y diferente al resto, sometido a sus propias normas y al arbitrio de quien allí ejerce el poder.

En este sentido, constatamos con Valdés Dal-Ré que “la extensión de los derechos fundamentales de libertad a las relaciones interprivadas, señaladamente a la relación jurídica a través de la que se articula el trabajo subordinado y por cuenta ajena - que es aquel tipo de trabajo que precisamente define la condición jurídica de trabajador- ha seguido un proceso que, desde una perspectiva aplicativa e interpretativa, se independiza o tiende a independizarse de los cánones comunes y, desde una perspectiva histórica, ha mantenido su propio *tempus*, no coincidente o desacompañado con el de aquellos derechos”³⁰². Es decir, como afirma Valdés Dal-Ré, ha existido una “falta de

³⁰² VALDÉS DAL-RÉ: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre...”, pp.69-70.

sincronía jurídica en el reconocimiento y disfrute de los derechos de libertad que a los trabajadores corresponde cuando actúan en el ámbito de la sociedad como meros ciudadanos y cuando lo hacen en el ámbito de las organizaciones productivas en las que, sin perder su *status personae*, adicionan su condición de *homo laborator*”³⁰³. Por largo tiempo “lo que a los trabajadores les era reconocido en su *nuda veste* de ciudadanos, les era negado o, al menos, discutido en su indivisible cualidad de ciudadanos/trabajadores”³⁰⁴.

Será a partir de las últimas décadas del siglo XX que tendrá lugar con mayor fuerza el ejercicio reivindicativo de los derechos de la personalidad del trabajador al interior de la empresa. Melis nos recuerda que, “a partir de los movimientos sociales de finales de la década del 60’-en particular los de mayo del 68-, se comienza a producir un verdadero vuelco en la visión que se tenía hasta ese momento sobre la vigencia de los derechos fundamentales en la relaciones laborales -así como en otros ámbitos de la vida social, tales como la escuela- que cambiaría radicalmente la manera de mirar la fábrica”, dicho cambio, “para ponerlo en términos italianos: se trata de «introducir la Constitución en la fábrica»; o dicho en palabras francesas: «poner en relación los conceptos de ‘autoridad’ y ‘democracia’ en el marco de la empresa» es involucrarse en el tema de la «ciudadanía en la empresa»”³⁰⁵.

A diferencia de lo que ha sucedido con los derechos sociales o derechos fundamentales laborales, el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona del trabajador “no ha advenido a resultas de reformas de los textos constitucionales; su silenciosa aparición y discreta consolidación traen causa no en una innovación de las normas de rango constitucional, sino en una reconstrucción dogmática de la misma noción de derecho fundamental, en un «refinamiento» en la interpretación de estos derechos”³⁰⁶. Esta reconstrucción se iniciará en la segunda mitad del siglo XX y cobrará mayor impulso a partir de la década del 80’, momento desde el cual se ve fortalecido

³⁰³ *Ibidem*, p.70.

³⁰⁴ *Ibidem*, p.70.

³⁰⁵ MELIS VALENCIA: *Los derechos fundamentales de los trabajadores*, p.33.

³⁰⁶ VALDÉS DAL-RÉ: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre...”, pp.72-73.

este proceso por la introducción de disposiciones de rango legal y por un mayor activismo judicial³⁰⁷.

El desarrollo de la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* será clave para avanzar en la afirmación de los derechos de la persona del trabajador en las relaciones laborales, aunque mejor dicho, el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito del trabajo será clave en el desarrollo de tal teoría³⁰⁸. Así, Valdés Dal-Ré destaca que “la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte*, de la eficacia pluridireccional de esos derechos, ha madurado y se ha desarrollado, en buena parte, al calor del principio de iusrealismo contractual que impregna todas las secuencias vitales de la relación laboral: la radical asimetría de poder entre empresario y trabajador, y que se expresa, desde luego, en las distintas posiciones jurídicas que cada uno ocupa en la relación laboral, pero también, y con no menor significación, en el más amplio espacio de la vida social y económica”³⁰⁹. Expresando esta idea con otras palabras, afirma que “la relación laboral ha actuado como el campo natural de experimentación de la teoría y de la aplicación práctica de la denominada eficacia horizontal de los derechos fundamentales; de la expansión de estos derechos hacia la esfera privada”³¹⁰.

Valdés Dal-Ré, enfatiza que, “abierto por la jurisprudencia constitucional el camino hacia la aplicación de la *Drittwirkung*, los jueces y tribunales laborales, pese a las notorias omisiones legales, no han dudado en tutelar los derechos de la persona del trabajador en el ámbito del contrato de trabajo, acogiendo, sin recelo alguno, la tesis de la eficacia pluridireccional de tales derechos; configurándoles, en suma, como derechos subjetivos constitucionales plenos, no necesitados de *interpositio legislatoris* para su

³⁰⁷ En el caso de España, destaca Casas Baamonde, que la penetración de la Constitución en las relaciones laborales “se ha debido, desde luego, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha constitucionalizado la vida pública y política y la vida económica y social, extendiendo la defensa y protección de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo a las relaciones entre particulares, pero también a la jurisprudencia ordinaria y a la doctrina laboralista” (CASAS BAAMONDE, María Emilia: “Derecho del Trabajo y Empleo”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Año 28, Nº 4, 2012, 1-11).

³⁰⁸ Vid. sobre el vínculo entre Derecho del Trabajo y desarrollo de la ciudadanía: ROMAGNOLI, Umberto: “Divagaciones acerca de la relación entre Economía y Derecho del trabajo”, en CASAS BAAMONDE, María Emilia; CRUZ VILLALÓN, Jesús y DURÁN LÓPEZ, Federico (Coord.): *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, 2006, pp.47-56.

³⁰⁹ VALDÉS DAL-RÉ: “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales...”, p.502

³¹⁰ *Ibidem*, p.502

disfrute efectivo, ejercitables frente al empresario y, como tales, susceptibles de fundamentar, a título de *causa petendi*, acciones laborales de tipo resarcitorio o de nulidad del comportamiento empresarial lesivo”³¹¹.

Hemos afirmado la vinculabilidad de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en el ámbito de la relación de laboral. ¿Son exigibles en éste ámbito todos los derechos que las constituciones reconocen? Sostenemos que se debe partir de la afirmación de la eficacia de ellos y sólo, excepcionalmente, descartar aquellos derechos que por su propia definición son exigibles respecto sólo de los poderes públicos y sobre los cuales no tiene sentido siquiera plantearse su exigibilidad respecto del empresario. Con todo, en estas excepciones hay que ser extremadamente cuidadosos, puesto que derechos que aparecen en principio exclusivamente referidos a los poderes públicos pueden ser amenazados o vulnerados en el marco de la relación laboral, como sucede con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Entonces, a la luz de lo recién señalado, será posible identificar en cada ordenamiento cuáles son los derechos inespecíficos cuya eficacia podrá afirmarse razonablemente en el ámbito del trabajo. Revisemos qué sucede en relación con los ordenamientos chileno y español.

En el caso chileno resulta menos compleja la tarea que en el caso español, puesto que se encuentran reunidos en un solo artículo todos los derechos que la Constitución asegura a todas las personas y será respecto de ellos que habrá de efectuarse el examen.

En cambio, como es conocido, en el caso de España, en el Título I de la Constitución, sobre los derechos y deberes fundamentales, se distinguen dentro de los derechos y libertades (capítulo segundo), en una primera sección, los derechos fundamentales y de las libertades públicas (artículos 15 a 29) y, en una segunda sección, los derechos y deberes de los ciudadanos (artículos 30 a 38) y, además (en capítulo tercero), se consagran principios rectores de la política social y económica (artículos 39 a 52). Esto ha dado lugar a un abundante debate doctrinal y jurisprudencial en torno a cuales han de considerarse fundamentales, existiendo tesis más restrictivas, que los

³¹¹ *Ibidem*, p.525.

limitan a los de los artículos 15 a 29, otras que, además, incorporan los de los artículos 30 a 38, y quienes, incluyen también a los de los artículos 39 a 52.

Reconociendo como fundamentales los derechos consagrados en ambas secciones del capítulo segundo, Gutiérrez Pérez, en un reciente trabajo, se decanta por considerar de mayor fundamentalidad los derechos contenidos en los artículos 15 a 29, descartando los de la sección segunda, por el “menor protagonismo en la identidad y funcionamiento del sistema constitucional” y por el “régimen de garantías algo atenuado con el que contarán estos derechos”³¹². Una vez efectuada esta opción, el citado autor identifica los derechos que, reconocidos a todas las personas, podrían ser ejercidos por los trabajadores en la relación laboral. Aunque finalmente pudiéramos coincidir con él en los derechos inespecíficos del trabajador que identifica, discrepamos radicalmente de su criterio de distinción entre derechos más o menos fundamentales, puesto que no creemos que sea posible establecer *a priori* tal jerarquización. No podemos compartir su afirmación de que sólo aquellos de la sección primera constituyan “pieza esencial para la identidad y funcionamiento del sistema constitucional”³¹³, creemos que los restantes derechos tienen también esa propiedad.

Siendo posible identificar dentro de los catálogos constitucionales derechos fundamentales de la persona que serán vinculantes en el ámbito de la relación laboral y que, por tanto, impondrán límites a las facultades empresariales, existen algunos respecto de los cuales no existe hoy mayor discusión sobre su exigibilidad y respecto de los cuales, en su momento se han pronunciado los tribunales de justicia.

No habría discusión en torno a que el derecho a la vida y a la integridad física y moral, como lo define el artículo 15 CE, o derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, según el artículo 19 N°1 CCh, corresponden a derechos fundamentales de la persona del trabajador³¹⁴.

³¹² GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, p.89. Destaca este autor el recurso de amparo y la reserva de ley orgánica como “señas de identidad de los mismos”.

³¹³ *Ibidem*, p.89.

³¹⁴ En España se han planteado discrepancias respecto de la relación de estos derechos fundamentales con el derecho a la protección de la salud consagrado en el artículo 43.1 CE y de la relación de aquellos con las obligaciones que legalmente se imponen a los empresarios en materia de seguridad y salud en el trabajo. Desde nuestra perspectiva es evidente que el bien jurídico garantizado constitucionalmente por el artículo 15 CE es el mismo que se busca proteger con las normas legales relativas a la salud y seguridad

Del mismo modo, la libertad ideológica, religiosa y de culto, incluido el derecho a no ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias, que contempla artículo 16 CE, o la libertad de conciencia, manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público, en términos del artículo 19 N°6 CCh, se constituye en un límite a las facultades empresariales.

Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar (incluida la limitación al uso de la informática para garantizar honor e intimidad) y a la propia imagen, establecidos por artículo 18.1 y 18.4 CE, o derecho a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, en palabras del artículo 19 N°4 CCh, tienen una enorme importancia en las relaciones laborales y ha dado lugar a significativos conflictos. En particular, aunque estrechamente vinculado al derecho la intimidad o vida privada, el derecho al secreto de las comunicaciones, según el artículo 18.3 CE, o a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, en términos del artículo 19 N°5 CCh, es un derecho fundamental que muchas veces se ve enfrentado al ejercicio del poder de control empresarial.

El ejercicio del derecho a la libertad de expresión del trabajador (normalmente la libertad de opinión y la de información) puede también dar lugar a conflictos iusfundamentales en relación con el empresario. Estos derechos son reconocidos en el ordenamiento español como el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (artículo 20, a) y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (artículo 20, d), mientras que son consagrados en la Constitución chilena como la libertad de emitir opinión y la libertad de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio (artículo 19 N°12).

en el trabajo, lo que debiera acarrear una relectura en clave iusfundamental del deber del empresario de proporcionar condiciones saludables y seguras de trabajo. Ello no implica que cualquier vulneración de las normas legales sobre salud y seguridad en el trabajo sea una vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores, solo lo serán las medidas empresariales, activas o pasivas, que afecten al espacio delimitado de los mismos.

El derecho de reunión, pacífica y sin armas, sin necesidad autorización previa, al tenor del artículo 21 CE, o pacíficamente, sin permiso previo y sin armas, al del artículo 19 N°13° CCh, es también un derecho de la que han de gozar también los trabajadores.

El derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, consagrado en el artículo 24 CE, aparecería *prima facie* como un derecho en relación exclusivamente con los poderes públicos; sin embargo, es posible constatar que es un derecho que se puede ver amenazado o afectado por el actuar empresarial. Esto impone la necesidad de reivindicar su vinculabilidad también en las relaciones entre privados. En España así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional en relación con las represalias del empresario al trabajador por el ejercicio por parte de este último de acciones judiciales, como lo expresan las sentencias del Tribunal Constitucional español (en adelante, STCE) 7/1993 y 14/1993, ambas de 18 de enero). En el caso de Chile, debemos consignar que, si bien no hay una norma constitucional que se refiera explícitamente a la tutela judicial efectiva, es posible sostener que este derecho está amparado por la Carta fundamental³¹⁵. Consecuente con ello, el Código del Trabajo entiende como lesión a los derechos fundamentales las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales (artículo 485 CdT).

Existe otro grupo de derechos que habitualmente no son objeto de tratamiento como derechos inespecíficos de los trabajadores por parte de la doctrina y que en nuestro concepto podrían llegar, en determinadas hipótesis, a suscitar conflictos iusfundamentales en el ámbito laboral. Entre estos podemos señalar: el derecho a la educación, consagrado en el artículo 27 CE y en artículo 19 N°10 CCh³¹⁶; el derecho a la libertad y a la seguridad, establecido en el artículo 17 CE o el derecho a la libertad

³¹⁵ El artículo 19 N°3 CCh garantiza la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos y el derecho a defensa jurídica. Bordalí Salamanca, entre otros, sostiene que el derecho a la tutela judicial debe entenderse reconocido en el artículo 19 N° 3 CCh y en tal sentido cita la STCCh, rol núm. 546-2006, de 17 de noviembre de 2006 (*Vid.* BORDALÍ SALAMANCA, Andrés: “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N° 2, 2011, pp.311-337). Por su parte, el artículo 76 CCh, relativo al Poder Judicial, establece la inexcusabilidad para los tribunales de ejercer su autoridad, resolviendo la contienda o asunto que sean sometidos a su decisión. Creemos que este principio también está en la línea o es la contracara de la tutela judicial efectiva, en tanto esta última supone el derecho a concurrir al tribunal, junto al de obtener una respuesta por parte de este.

³¹⁶ STCE 129/1989, de 17 de julio, que descarta que el empleador haya limitado de forma directa el ejercicio del derecho a la educación de los trabajadores al denegar el beneficio particular de un turno fijo de noche.

personal y a la seguridad individual, según el artículo 19 N°7 CCh; el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, según el artículo 20, b CE o la libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, conforme al artículo 19 N°25 CCh; el derecho a la libertad de cátedra, consagrado en el artículo 20, b CE, el cual se conecta con libertad de expresión³¹⁷; el derecho de asociación, previsto en el artículo 22 CE o el derecho de asociarse sin permiso previo y a no ser obligado a pertenecer a una asociación, en conformidad al artículo 19 N°15° CCh; el derecho a participar en los asuntos públicos, consagrado en el artículo 23 CE; y el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, según el artículo 38 CE, o derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, al tenor del artículo 19 N°21° CCh.

Finalmente, a partir de la premisa de que los derechos a la igualdad y a la no discriminación son derechos fundamentales³¹⁸, y que estos han sido consagrados en los textos constitucionales respecto de todas las personas, debemos considerarlos como derechos inespecíficos de los trabajadores. En el caso de España, la Constitución proclama, en su artículo 1, a la igualdad como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico; establece, en su artículo 9°, la responsabilidad de los poderes públicos en promover las condiciones para la igualdad real y efectiva, y reconoce, en el artículo 14 CE la igualdad ante la ley y establece la interdicción de la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. En el caso de Chile, el principio de igualdad se encuentra en las bases del ordenamiento constitucional, en el artículo 1° de la Carta fundamental, mientras que artículo 19 N°2 consagra la igualdad ante la ley, la negación de los privilegios y la prohibición del establecimiento de diferencias arbitrarias, mientras que en el núm. 3° garantiza la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

³¹⁷ *Vid.*, SSTCE 5/1981, de 13 de febrero, sobre la libertad de cátedra ante la libertad de enseñanza (libertad de creación de centros docentes), como proyección de la libertad ideológica y religiosa; y 161/2005, de 20 de junio, sobre la libertad de cátedra del docente más allá de la tarea personal de enseñar.

³¹⁸ *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: "Igualdad y no discriminación en el empleo", en *Derecho y conocimiento*, vol. 1, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, p.463.

1.2.4. Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes empresariales

1.2.4.1. Los poderes empresariales y la libertad de empresa

Anteriormente hemos revisado el argumento de la existencia de los poderes privados o sociales para fundamentar la necesidad de reconocer la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, y destacábamos que este argumento cobra especial fuerza cuando por razones fácticas o jurídicas se produce una supra o subordinación entre privados. A este respecto planteamos incluso la utilización de una expresión ya manejada por algunos autores y usada en algunas sentencias, cual es la eficacia diagonal de los derechos fundamentales. El ámbito de las relaciones de trabajo se define precisamente por la subordinación del trabajador al poder del empleador y, por ello, podemos decir con Gamonal, que “para el derecho del trabajo la aplicación directa de los derechos fundamentales resulta de toda lógica dado los intensos poderes que tiene el empleador sobre el trabajador”, los que son de tal importancia que “en alguna medida lo asimilan al Estado”³¹⁹.

El poder del empleador o poder empresarial se puede traducir en la facultad “de organizar su empresa, de adoptar las decisiones básicas respecto al qué, al cómo, al cuánto, al cuándo y al dónde producir un bien o prestar un servicio y, por lo mismo, al modo como coordinar y articular las prestaciones laborales y recursos técnicos” y en la “facultad del empresario de imponer sanciones”³²⁰. Así este poder comprende, como señala Gamonal, “tres facetas distintas, a saber, la potestad de mando o dirección, la potestad de reglamentación y la potestad disciplinaria”³²¹.

Es posible constatar en los diversos ordenamientos constitucionales, junto a la consagración del derecho a la propiedad, el reconocimiento del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, el de libertad de empresa o libertad económica, u otra denominación similar. Respecto de estos derechos se afirma que se proyectan

³¹⁹ GAMONAL: *Trabajo y Derecho*, p.60.

³²⁰ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia” en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 2, 2003, p.96 y 94, respectivamente.

³²¹ GAMONAL: *Trabajo y Derecho*, p.62. Al menos es así en el derecho laboral chileno. No abordaremos aquí el tema de aquellos ordenamientos que no admiten tal reglamentación empresarial.

precisamente al ejercicio de las facultades propias del poder empresarial, es decir, que tal poder viene a ser una manifestación de aquellos derechos. Así, afirma Valdés Dal-Ré, el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de empresa, que se consagra en el artículo 38 CE, “brinda la oportunidad para la configuración unitaria del poder de dirección, entendiendo por tal el conjunto de las facultades que definen la posición del empresario en la relación laboral”³²². Descartando las tesis que excluyen de la categoría de derechos fundamentales a los principios reconocidos en el Capítulo Tercero del Título I de la CE, Viera Álvarez sostiene que “la libertad de empresa es un derecho fundamental, entendido como mandato de optimización, es decir, su reconocimiento obliga a los poderes públicos a maximizar su vigencia con las limitaciones que impone la necesidad de tener en cuenta que este derecho se desenvuelve con otros derechos (que también son mandatos de optimización) y pueden cumplirse en diverso grado, en la medida que su cumplimiento depende de sus posibilidades reales y jurídicas”³²³.

Un poder de esta naturaleza, otorgado por el propio ordenamiento jurídico a un particular respecto de otros y en interés del propio titular de la potestad, es excepcional y por ello requiere de una regulación cuidadosa y del sometimiento a límites³²⁴. Sin duda, desde los orígenes del Constitucionalismo social hasta el tiempo presente, la limitación al poder empresarial ha tenido un notable desarrollo, disciplinando su ejercicio y racionalizándolo. Con todo, tal poder ha seguido y seguirá estando en tensión con los derechos fundamentales de los trabajadores, dado que, entre otros aspectos, en ordenamientos como los nuestros, “la propiedad privada de los medios de producción no puede dejar de tener la función de consentir al propietario que controle las modalidades concretas del trabajo desarrollado por los productores inmediatos y que oriente la actividad productiva hacia finalidades respecto a las cuales su voluntad cuenta poco o nada”³²⁵.

³²² VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en APARICIO TOVAR, Joaquín y BAYLOS GRAU, Antonio Pedro: *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992, p.31.

³²³ VIERA ÁLVAREZ: *La libertad de empresa y algunas limitaciones desde la perspectiva de un Estado social...*, p.169.

³²⁴ Como señala VALDÉS DAL-RÉ, “[e]n su función ordenadora de la prestación laboral, el poder de dirección es un instrumento especialmente apropiado para, por acción u omisión, desconocer o lesionar los derechos de la persona del trabajador” (VALDÉS DAL-RÉ: “Contrato de trabajo, derechos fundamentales...”, p.2)

³²⁵ ROMAGNOLI, Umberto: “Weimar, ¿y después?”, en *Jueces para la democracia*, núm.14, 1991, p.6.

Reconocida la necesidad de los límites al poder empresarial, se puede identificar entre ellos los internos y los externos. Los primeros tienen un carácter finalista y se orientan a dar cumplimiento al contrato de trabajo, mientras que los segundos son impuestos por la normativa estatal y por la normativa colectiva³²⁶. Evidentemente, en la línea que hemos venido sosteniendo, este poder se encuentra limitado por los derechos fundamentales que el ordenamiento constitucional reconoce a los trabajadores en su calidad de tales y, simplemente, en cuanto personas. En este sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional español, al señalar que “[n]i las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional”, expresando con contundencia que “[l]as manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza” (STCE 88/1985, de 19 de julio).

Así como hemos afirmado que el poder empresarial se encuentra limitado, debemos afirmar que los derechos fundamentales de la persona del trabajador tampoco son absolutos y, eventualmente, podrían ser limitados en virtud de bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Como nos recuerda Valdés Dal-Ré, “el ejercicio de los derechos fundamentales ha de efectuarse en unos términos que resulten compatibles con el resto de los derechos, bienes y valores constitucionalmente amparados, compatibilidad esta que se garantiza mediante la imposición de unos límites a aquel ejercicio”³²⁷. Si los poderes empresariales se consideran una proyección o manifestación de un derecho fundamental podría admitirse que ellos pudieran limitar, en ciertas hipótesis, los derechos fundamentales del trabajador, aunque, como hemos señalado, nunca debe afectarlos en su esencia. En tanto a tales poderes así se les considere, un enfrentamiento de estos con el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador configurará precisamente la hipótesis de una colisión de derechos.

³²⁶ Vid. GAMONAL: *Trabajo y Derecho*, p.62.

³²⁷ VALDÉS DAL-RÉ: “Contrato de trabajo, derechos fundamentales...” p.97.

Cabe consignar que, como lo señaláramos al tratar en general de los límites a los derechos fundamentales, la limitación o restricción de los derechos fundamentales del trabajador sólo será posible respecto de derechos, bienes y valores de rango equivalente y no será admisible, sino a riesgo de negar su fundamentalidad, que se limite los derechos fundamentales del trabajador por normas infraconstitucionales, cláusulas contractuales o por poderes del empresario simplemente basados en el contrato de trabajo³²⁸.

1.2.4.2. Cuestionamientos al conflicto iusfundamental entre los derechos de los trabajadores y los poderes empresariales

Existiendo un extendido consenso doctrinal y jurisprudencial en el sentido de entender los poderes empresariales como una concreción del derecho a la libertad de empresa, resulta interesante revisar brevemente como se proyectan en el ámbito de las relaciones entre trabajadores y empresarios las definiciones y clasificaciones de los derechos que hace Ferrajoli, en especial las referidas, por una parte, a la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales y, por otra, a la relación entre los derechos de autonomía y los derechos primarios. Nos conformaremos con enunciar estas cuestiones, expresando algunas interrogantes; pero su desarrollo *in extenso* escapa al objeto del presente trabajo.

Recordemos que Ferrajoli distingue los derechos fundamentales de los patrimoniales, caracterizando a estos últimos como “disponibles por su naturaleza, negociables y alienables”³²⁹, rasgos que no poseen los primeros. Siguiendo esa lógica, así como se ha afirmado que el derecho a la propiedad o el derecho a ser propietario, de carácter universal, no se identifica con la propiedad de tal o cual bien, de carácter singular, cabe preguntarse si el derecho fundamental de libertad de empresa (de carácter universal) se identifica con la titularidad respecto de una empresa en concreto y con las facultades que, en tanto dueño de esa empresa, se tienen en relación con los trabajadores de su dependencia. Si se comprende a los poderes empresariales dentro del ámbito delimitado del derecho a la libertad de empresa, por tanto, que definen este derecho

³²⁸ Vid. *Ibidem*, p.97.

³²⁹ FERRAJOLI: “Derechos fundamentales”, p.31.

reconocido universalmente a todas las personas, no podría caracterizarse a este derecho como patrimonial. En cambio, si se entiende que estas facultades las tiene en tanto titular de una determinada empresa, tales poderes podrían asimilarse a los derechos patrimoniales y, en tanto tales, tendrían una jerarquía inferior, de modo que en caso de conflicto no estaremos ante una oposición de derechos fundamentales. En este sentido, resulta del mayor interés determinar si las facultades propias del poder empresarial son alienables o por el contrario son indisponibles, puesto que si el empresario pudiera disponer de ellas sería difícil sostener su fundamentalidad.

Por otra parte, es posible preguntarse, en relación con la tipología objetiva de Ferrajoli, respecto del lugar que ocupan los poderes empresariales, en tanto manifestación o proyección de la libertad de empresa, puesto que si pudieran ser clasificados como derechos de autonomía, debiéramos considerar, desde esa perspectiva, su relación con los derechos primarios de libertad. Recordemos que para Ferrajoli los derechos de autonomía, en tanto poderes, como todo poder en el estado de derecho, “se encuentran sujetos a la ley”, específicamente, “a los límites y vínculos impuestos por los derechos de libertad y los derechos sociales”³³⁰. Desde la perspectiva del citado autor, y como adelantáramos, la oposición entre la libertad de empresa y los derechos laborales debe ser resuelta no en clave de conflicto entre derechos, sino que como simple sujeción a la ley constitucional³³¹.

Habiendo dejado constancia de tal opinión divergente, debemos reiterar que, en general, la doctrina y la jurisprudencia de España y Chile se han inclinado más bien por considerar que los poderes empresariales corresponden a facultades esenciales del derecho a la libre empresa y, por tanto, han entendido que al existir una oposición entre el ejercicio de dichas facultades y los derechos fundamentales de los trabajadores estaremos frente a un conflicto de derechos reconocidos constitucionalmente.

1.2.4.3. Titularidad del derecho a la libertad de empresa

Bajo el entendido de que los poderes empresariales corresponden al ámbito delimitado del derecho a la libertad de empresa, es claro que la persona natural que

³³⁰ FERRAJOLI: “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, p.308.

³³¹ *Vid. Ibídem*, p.308.

desarrolla un proyecto empresarial es titular de tal derecho. Por tanto, en caso de conflicto, estarán en oposición los derechos fundamentales de los trabajadores y los suyos. Sin embargo, en este conflicto entre los derechos fundamentales de los trabajadores y los poderes empresariales que derivarían del derecho a la libre empresa se presenta la cuestión respecto de si las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales.

Respecto de la titularidad de los derechos fundamentales por colectivos, personas morales y personas jurídicas los preceptos constitucionales en su texto muchas veces no son lo suficientemente explícitos y claros. Con todo, es posible encontrar disposiciones constitucionales que reconocen explícitamente tal titularidad o que admitirían ser interpretados en el sentido de que a colectivos³³², personas morales y personas jurídicas puede serles reconocida³³³.

En materia de organizaciones sindicales hay mayor claridad respecto de su calidad de titulares de derechos fundamentales³³⁴. Es evidente que el derecho fundamental de libertad sindical no sólo tiene una dimensión individual, en el sentido de que cada trabajador es libre de participar o no en este tipo de organizaciones, sino que claramente el sindicato, en cuanto colectivo (con o sin personalidad jurídica), es titular de este derecho, tanto para su conformación como para el desarrollo de su actividad, lo que se ha denominado como autonomía sindical o autonomía colectiva³³⁵. Esta autonomía es reconocida universalmente, tanto en los Convenios núm. 87 y 98 de la OIT, como en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este sentido, se ha comprendido por la doctrina y la jurisprudencia que los sindicatos, dada su

³³² Suele citarse la STCE 214/1991, de 11 de noviembre, como una de las que reconoce a los colectivos la titularidad de un derecho fundamental. Cabe puntualizar que lo que hace la sentencia es reconocer la legitimación activa de individuos miembros de un colectivo para poder accionar jurisdiccionalmente frente a intromisiones en el honor de dichos grupos.

³³³ Puede señalarse como ejemplos en el caso de la Constitución española el artículo 9.2 y el artículo 162.1 b) y en el de la Constitución chilena el artículo 1° inciso 3° y el artículo 19 núm. 12, núm. 15° y núm. 16°.

³³⁴ En el caso de España, ver en la Constitución artículo 28, en relación con el artículo 7 y 37. Para el caso de Chile, revisar artículo 19 núm. 19°, en relación con los incisos finales del núm. 16° del mismo artículo.

³³⁵ Esta puede ser entendida “como el complejo de poderes jurídicos de autodeterminación, por los que el sistema constitucional fija la posición institucional de los sindicatos, en tanto sujetos sociales autónomos en el marco de una sociedad libre y democrática, como garantía de ejercicio de un derecho fundamental del hombre moderno que es la libertad sindical” (SARTHOU, Helios: “Rasgos ontológicos generales de la libertad sindical”, en BUEN LOZANO, Néstor de y MORGADO VALENZUELA, Emilio (Coord.): *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Estudios doctrinales, núm. 188, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM 1997, p.195).

naturaleza y su reconocimiento constitucional, han merecido un tratamiento especial, que les diferencia de otras personas morales o jurídicas³³⁶.

En relación con la titularidad de derechos fundamentales de otras personas jurídicas de derecho privado, ha existido mayor discusión doctrinal y jurisprudencial³³⁷. Como hemos señalado, los derechos fundamentales se vinculan a la dignidad de la persona humana, del individuo. Sin embargo, en la doctrina y la jurisprudencia se ha abierto la posibilidad de reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de derecho privado, en tanto se las comprende como “proyecciones del actuar de los individuos” y “como instrumento para el desarrollo de sus propios fines”³³⁸, entendiéndose que ellas “son manifestación del ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos y sirven para la consecución de fines constitucionalmente protegidos”³³⁹. En esa línea, el Tribunal Constitucional español ha señalado, en STCE 139/1995, de 26 de septiembre, que “[s]i el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas”.

Si bien la tendencia es a admitir la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de derecho privado, este reconocimiento ha de ser excepcional, sólo respecto de ciertos derechos³⁴⁰ y sujeto a una serie de condiciones y limitaciones³⁴¹. Los

³³⁶ Vid., entre otras, SSTCE 99/1983, de 16 de noviembre; 20/1985, de 14 de febrero; 26/1985, de 22 de febrero.

³³⁷ Vid., entre otros, para España: GÓMEZ MONTORO, Ángel José: “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)”, en *Cuestiones constitucionales: Revista mexicana de derecho constitucional*, N° 2, 2000, págs. 23-71; CRUZ VILLALÓN, Pedro: “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas”, en *Revista española de derecho constitucional*, Año 12, Núm. 35, 1992, págs. 63-84; CRUZ VILLALÓN, Pedro y PARDO FALCÓN, Javier: “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 97, 2000, págs. 65-154. Vid. para Chile NÚÑEZ POBLETE, Manuel Antonio: “Titularidad y sujetos pasivos de los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Público*, Año Vol. 63 Tomo I, 2001, pp.200-208 y ALDUNATE LIZANA, Eduardo: “Titularidad y sujetos pasivos de los derechos fundamentales”, en *Estudios Constitucionales*, año 1 N° 1, Universidad de Talca, Santiago, Chile, 2003, pp.187-201.

³³⁸ ALDUNATE LIZANA: “Titularidad y sujetos pasivos de los derechos fundamentales”, p.196.

³³⁹ GÓMEZ MONTORO: “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas...”, p.36.

³⁴⁰ Aldunate Lizana previene que con ello “se abre la discusión sobre el carácter de los derechos que se afirman aplicables a las personas jurídicas, ya que, en principio, esta afirmación es indicativa que dichos derechos no se vinculan de manera necesaria a la sustancia de la individualidad humana” (ALDUNATE LIZANA: “Titularidad y sujetos pasivos de los derechos fundamentales”, p.197). Es interesante la observación de este autor, pero claramente cuestionable. Por ejemplo, si se reconoce la titularidad del

derechos de los que serían titulares las personas jurídicas o están determinados por el propio texto constitucional o pueden reconocerse a partir de la estructura del respectivo derecho.

En particular respecto del derecho a la libertad de empresa se ha estimado que el empresario persona jurídica puede ser titular del mismo. Así lo ha entendido ampliamente la doctrina y no ha existido cuestionamiento relevante al respecto en la jurisprudencia.

En España la libertad de empresa no goza de la tutela reforzada del recurso de amparo constitucional, razón por la cual no es posible encontrar en ese ámbito decisiones jurisprudenciales en las que el actor sea el empresario persona jurídica. Con todo, buena parte de los recursos de amparo en que los actores son trabajadores tienen como contraparte a empresarios que son personas jurídicas, sosteniendo estos últimos precisamente que han ejercido poderes fundados en la libertad de empresa. Sobre ello se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, efectuando, en su caso, la ponderación de los derechos fundamentales en juego³⁴².

Cabe consignar que en muchas ocasiones el empresario persona jurídica, junto con afirmar que la medida adoptada en relación con el trabajador se enmarca en los poderes empresariales, como facultades inherentes a la mencionada libertad, justifica tal medida invocando la vulneración por parte del trabajador de otros derechos

derecho de asociación a los colectivos y a las personas jurídicas, ello en ningún caso podría ser razón para sostener que para los individuos tal derecho no es sustancial. Por el contrario, este derecho, en tanto fundamental para los individuos, se puede proyectar a las organizaciones que en virtud del mismo ellos hayan creado.

³⁴¹ Gómez Montoro concluye del análisis de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional español que inciden en esta cuestión que “1. La Constitución española no reconoce expresamente con carácter general derechos fundamentales a las personas jurídicas; 2. No existe tampoco precepto constitucional o legal que impida dicha titularidad; 3. Las personas jurídicas son manifestación del ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos y sirven para la consecución de fines constitucionalmente protegidos; 4. En consecuencia, y como regla de principio, debe admitirse que los derechos fundamentales corresponden también a las personas jurídicas; 5. Esa titularidad no es, sin embargo, universal, sino que se ve limitada, de un lado por la naturaleza de los derechos y, de otro, por los fines de la persona jurídica”. Agrega que posteriores sentencias agregan los matices a considerar: “1. El carácter instrumental de las personas jurídicas, que no son sino creación del derecho; 2. La libertad del legislador para determinar su existencia y características; 3. La discrecionalidad de que goza para precisar el alcance de la titularidad de derechos, especialmente si son de naturaleza prestacional; 4. La menor protección de los derechos fundamentales de que pueden ser titulares” (GÓMEZ MONTORO “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas...”, pp.36 y 39, respectivamente).

³⁴² Entre otras, SSTCE 99/1994, de 11 de abril (Resti Sánchez, S.A) y 6/1995, de 10 de enero (Club Deportivo Tenerife, S.A.D).

fundamentales de los que afirma ser titular, en especial el derecho al honor. Al respecto, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que “el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas” (STCE 139/1995, de 26 de septiembre)³⁴³. En ese sentido, Vidal Marín sostiene que “el desmerecimiento en la consideración ajena sufrida por determinada persona jurídica conllevará, sin duda, la imposibilidad de que esta pueda desarrollar libremente sus actividades encaminadas a la consecución de sus fines”³⁴⁴. Con todo, matiza el citado autor, “en algunos casos y tratándose de sociedades civiles y mercantiles (entidades con ánimo de lucro) la difamación puede tener por objeto intereses puramente económicos o patrimoniales, intereses que no cabe incluir dentro del ámbito protegido del derecho al honor”, puesto que, como agrega, “[l]a fuerza expansiva de los derechos fundamentales no puede llevar a incluir dentro de su ámbito protegido intereses que, aunque dignos de protección en otros niveles, acaben degradando o desnaturalizando el derecho fundamental de que se trate, en nuestro caso del derecho fundamental al honor”³⁴⁵. En este sentido, creemos que ante un eventual conflicto entre los derechos fundamentales del trabajador, *v.gr.*, la libertad de expresión, y el honor o imagen de la empresa, el tribunal deberá apreciar si la limitación a este último tiene realmente implicancias iusfundamentales o se reduce a aspectos meramente patrimoniales que deban ser resueltos en otra sede.

1.2.5. Nota sobre los derechos fundamentales en el trabajo y la buena fe.

Como nos recuerda Casas Baamonde, la jurisprudencia constitucional española - al igual que la alemana, italiana y francesa- ha sostenido, desde la STCE 120/1983, de 15 de diciembre, que “los derechos fundamentales no sólo se limitan por los derechos constitucionales, sino también por los bienes constitucionalmente reconocidos o protegidos; e incluso por bienes que disfrutan de una protección infraconstitucional,

³⁴³ Si bien el Tribunal Constitucional español ha descartado la titularidad del mismo respecto de las instituciones públicas señalando que este tiene en la Constitución “un significado personalista, en el sentido de que el honor es valor referible a personas individualmente consideradas” (STCE 107/1988, de 8 de junio), ha tenido un criterio distinto respecto de las personas jurídicas de derecho privado.

³⁴⁴ VIDAL MARÍN, Tomás: “Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional”, en *InDret*, 1/2007, Barcelona, disponible [en línea] en http://www.indret.com/pdf/397_es.pdf, p.8 [citado en mayo de 2015].

³⁴⁵ *Ibidem*, p.8 y 9

como la buena fe contractual”³⁴⁶. Tal limitación ha de ser objeto de importantes observaciones. A este respecto Valdés Dal-Ré, crítico de la “severa y distorsionada «contractualización»” de los derechos fundamentales de los trabajadores³⁴⁷, ha sostenido que si bien no parece discutible “que la buena fe contractual sirva como parámetro o medida del ejercicio de los derechos fundamentales”, si lo es que “se erija en criterio último y máximo de valoración de dicho ejercicio”³⁴⁸.

Es innegable que la buena fe es importante en la configuración de la relación que se genera mediante el contrato de trabajo, como lo es en otros contratos, “sirviendo de origen a obligaciones inicialmente no previstas por las partes y modulando el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de las respectivas prestaciones”³⁴⁹. A este respecto, debemos puntualizar que ha de comprenderse la buena fe más allá del concepto de la fidelidad de los trabajadores respecto del empresario, concepto limitado y limitador que podría terminar ahogando los derechos de aquellos^{350 351}. Es necesario enfatizar, superando concepciones antiguas al respecto, que “la buena fe no posee, en el ámbito del contrato de trabajo, una intensidad especial”³⁵², es decir, es el mismo principio informador, normativo e interpretativo que rige en otros ámbitos del Derecho y que impone un comportamiento recíproco a las partes de la relación laboral.

Casas Baamonde, refiriéndose a las relaciones laborales, afirmará que “cuando se exige a los contratantes observar la buena fe no se les exige cosa distinta a cumplir sus obligaciones contractuales conforme a las categorías que ordenan su «recto

³⁴⁶ CASAS BAAMONDE: “La plena efectividad de los derechos fundamentales...”, p.7. La misma autora cita al respecto las STCE 192/2003, de 27 de octubre (buena fe como factor de flexibilización del juicio de ponderación), STCE 34/1981, de 10 de noviembre (principio de buena fe tiene su reflejo en la Constitución) y STCE 6/1988, de 21 de enero (principio de la buena fe conforma el ejercicio de los derechos constitucionales).

³⁴⁷ VALDÉS DAL-RÉ: “Contrato de trabajo, derechos fundamentales...”, p.4.

³⁴⁸ VALDÉS DAL-RÉ: “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, p.48.

³⁴⁹ NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos fundamentales...*, p.309.

³⁵⁰ Vid. VALDÉS DAL-RÉ: “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, p.28.

³⁵¹ La propia STCE 120/1983, de 15 de diciembre, aunque no exime de la necesidad de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe, señala que “resulta cierto que no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad, con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto cuya legitimidad general ampara el texto constitucional”. Vid. también SSTCE 186/1996, de 25 de noviembre, FJ 3; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 1/1998, de 12 de enero, FJ 3; 197/1998, de 13 de octubre, FJ 2; y 241/1999, de 20 de diciembre, FJ 4.

³⁵² NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos fundamentales...*, p.309.

desenvolvimiento» dentro de la Constitución, las leyes y los convenios colectivos”³⁵³. Con todo, cabe tener presente la clarificación de Naranjo de la Cruz, en orden a que “no se puede pretender ver en la buena fe un mandato de defensa del ordenamiento jurídico en su totalidad [...] pues, no todo aquel que infringe el ordenamiento lesiona la buena fe”³⁵⁴; y es necesario tener claro que “[e]l recurso a la buena fe supone la introducción en el ordenamiento de unos criterios jurídicos y la protección de determinados bienes y valores”³⁵⁵. Estos valores, que “penetran en el ordenamiento jurídico con un carácter instrumental y de relación”, aludirían a los de “honestidad, honorabilidad, fidelidad, lealtad, y al respeto a la confianza que una determinada relación hace surgir entre las partes”³⁵⁶. Ellos, reiteramos, son exigibles a ambas partes de la relación laboral, trabajadores y empresarios, y en el marco de esta, sin que corresponda extender tal exigencia extramuros de la misma³⁵⁷, y con sujeción al ordenamiento jurídico, incluida, obviamente, la normativa constitucional³⁵⁸.

Establecido lo anterior, podemos afirmar con Casas Baamonde que la buena fe, más que un límite adicional a los derechos fundamentales, es “un criterio de apreciación de los límites que el contrato de trabajo señala a las partes, que al versar sobre el ejercicio de derechos fundamentales demanda una interpretación y aplicación restrictiva, sólo en la medida necesaria para preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos”³⁵⁹. En similar sentido, Naranjo de la Cruz sostiene que “el recurso a la buena en un juicio sobre derechos fundamentales en el ámbito jurídico privado, sólo es posible en la medida en que así se justifique desde la teoría de la delimitación y los límites de estos derechos”³⁶⁰, de modo que sólo se puede explicar la restricción de los derechos fundamentales sobre la base del deber de buena fe “cuando la misma constituya un medio adecuado, necesario y proporcional en sentido estricto para proteger otro bien o derecho garantizado en la Norma Fundamental”³⁶¹. De esta

³⁵³ CASAS BAAMONDE: “La plena efectividad de los derechos fundamentales...”, p.10.

³⁵⁴ NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos fundamentales...*, p.249.

³⁵⁵ *Ibidem*.

³⁵⁶ *Ibidem*, p.250.

³⁵⁷ *Vid.* VALDÉS DAL-RÉ: “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, p.28.

³⁵⁸ Como señala NARANJO DE LA CRUZ, “lo que en cada caso se decida corresponde a la buena fe no podrá estar en desacuerdo con los mandatos constitucionales, toda vez que la Constitución es la norma suprema de todo nuestro ordenamiento, a la que se debe acomodar cualquier otra” (NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos fundamentales...*, p.256).

³⁵⁹ CASAS BAAMONDE: “La plena efectividad de los derechos fundamentales...”, p.10.

³⁶⁰ NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos fundamentales...*, p.323.

³⁶¹ *Ibidem*, p.447.

forma, el contenido concreto de la buena fe “ha de estar adaptado a la Constitución y a su mundo de valores que se fundamenta en la dignidad de la persona”³⁶². Sin embargo, incluso esta visión puede ser objeto de observaciones, en la línea de lo que señala Ugarte Cataldo, en tanto los límites a los derechos “no derivan así, en estricto rigor, de la buena fe, sino de las restricciones necesarias («imprescindibles») para el logro de los objetivos empresariales, que son aquellos que derivan del ejercicio de sus derechos o bienes constitucionales”³⁶³.

En definitiva, podemos afirmar que desde nuestra perspectiva, sin desconocer su importancia en el ámbito contractual, la buena fe no debiera considerarse como un límite a los derechos fundamentales. Lo anterior implica, como señala categóricamente Naranjo de la Cruz, que “[l]a buena fe no protege la confianza surgida en un sujeto de la relación en torno a que otro de los implicados en la misma no va a ejercer, correctamente conforme a la teoría de los límites de los derechos fundamentales, su propio derecho fundamental”³⁶⁴.

A la luz de todo lo anterior, compartimos con Casas Baamonde, que “[f]rente al ejercicio legítimo de un derecho fundamental no es posible considerar transgredida la obligación de buena fe contractual, cuya invocación puede constituir a su vez un abuso de derecho”³⁶⁵. Sin embargo, creemos que hay que matizar su afirmación de que “el principio de buena fe limita el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores frente a actuaciones lícitas del empresario”³⁶⁶, puesto que sólo podría, eventualmente, limitarlos en referencia a derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, en la línea de lo señalado precedentemente, en estricto rigor, el límite vendría dado por estos y no por aquella. Por último, compartimos su afirmación de que “[s]ólo a partir de la legitimidad de la medida empresarial puede ponderarse su adecuación o proporcionalidad”³⁶⁷, puesto que, parece evidente, en ningún caso podría admitirse que una medida ilegítima viniera a limitar el ejercicio de un derecho fundamental.

³⁶² CASAS BAAMONDE: “La plena efectividad de los derechos fundamentales...”, p.13.

³⁶³ UGARTE CATALDO, José Luis: “Los derechos fundamentales del trabajador y la buena fe en el debate español”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI, Valparaíso, 2011, 1er Semestre, p.161.

³⁶⁴ NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos fundamentales...*, p.447.

³⁶⁵ CASAS BAAMONDE: “La plena efectividad de los derechos fundamentales...”, p.10.

³⁶⁶ *Ibidem*, p.12.

³⁶⁷ *Ibidem*, p.13.

CAPÍTULO 2. LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1. El proceso de internacionalización de los derechos fundamentales

Dentro de las líneas de evolución de los derechos fundamentales resulta de interés, dado el objeto de este trabajo, revisar con detención el proceso de internacionalización. Este se desarrolla principalmente a partir de mediados del siglo XX, aunque es posible encontrar en el siglo XIX esfuerzos internacionales concretados en tratados contra la esclavitud y en la primera mitad del siglo XX la adopción de instrumentos en el marco de la Sociedad de la Naciones y, específicamente en el ámbito laboral, las normas internacionales del trabajo de la OIT.

En este mismo sentido, podemos constatar la declinación, ya desde fines del siglo XIX, de la soberanía estatal, fenómeno que se ve acentuado a partir de las últimas décadas del siglo XX. Así, como anota Zagrebelsky, “actúan vigorosamente fuerzas corrosivas, tanto interna como externamente: el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de «contextos» que integran su poderes en dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estados particulares; e incluso la atribución de derechos a los individuos, que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen”³⁶⁸.

No obstante los notables progresos, de los que daremos cuenta en las próximas páginas, podemos afirmar que el proceso de internacionalización de los derechos fundamentales es una tarea lejos de estar acabada y que enfrenta importantes desafíos³⁶⁹.

³⁶⁸ ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*, pp.11-12.

³⁶⁹ Pisarello señala con agudeza una notable asimetría en este fenómeno, al constatar que “a la internacionalización de los derechos de los inversores y de los grandes propietarios transnacionales no le

Hace ya un par de décadas Bobbio identifica como signo positivo de nuestro tiempo “la creciente importancia dada en los debates internacionales, entre hombres de cultura y políticos, en seminarios de estudio y en conferencias gubernamentales, al problema del reconocimiento de los derechos del hombre”, lo que lleva a definirlo como “el tiempo de los derechos”(L'Età dei diritti)³⁷⁰. Este mismo jurista sostiene, a propósito de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que “los derechos humanos nacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos particulares, para encontrar al fin su plena realización como derechos positivos universales”³⁷¹. Para Bobbio, con la Declaración de 1948 comienza una fase “en la que la afirmación de los derechos es a la vez universal y positiva: universal en el sentido de que destinatarios de los principios allí contenidos no son ya solamente los ciudadanos de tal o cual Estado, sino todos los hombres; positiva en el sentido de que pone en marcha un proceso en cuya culminación los derechos humanos no sólo serían proclamados o idealmente reconocidos, sino efectivamente protegidos incluso contra el propio Estado que los viola”³⁷². Así, “con la acogida de algunos derechos fundamentales en la Declaración Universal se cumple el tercer momento de esta evolución”, ellos “tienden a ser protegidos no ya solamente en el ámbito del Estado, sino también contra el Estado mismo, es decir, tienden a una protección que se podría llamar de segundo grado, la cual debería entrar en funcionamiento cuando el Estado dejase de cumplir sus obligaciones constitucionales en las relaciones con sus sujetos”³⁷³.

Es innegable que el proceso de internacionalización está fuertemente marcado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948³⁷⁴. Sin embargo, cabe destacar que a nivel universal

ha correspondido una globalización de derechos para la gran mayoría de la humanidad” (PISARELLO, Gerardo: “Globalización, constitucionalismo y derechos” en CARBONELL, Miguel (ed.): *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007, p.164). Para este autor, se “revela de forma dramática, como, a pesar de que en el plano formal ha tenido una progresiva «apertura» de las Constituciones nacionales al derecho internacional de los derechos humanos, en el plano real lo que se ha producido es una «apertura» a normas y disposiciones mercantiles más bien secretas, impuestas en beneficio de unos pocos poderes privados y públicos transnacionales, en ocasiones ilegales y extralegales” (*Ibidem*, p.166).

³⁷⁰ BOBBIO: *El tiempo de los derechos*, p.97.

³⁷¹ *Ibidem*, p.68.

³⁷² *Ibidem*, p.68.

³⁷³ *Ibidem*, p.39.

³⁷⁴ Según cita BOBBIO, “cuando Leonor Roosevelt comentó la aprobación de la Declaración dijo: «Debe ser acogida como la Carta Magna internacional de toda la humanidad (...).Su proclamación por parte de la Asamblea General puede ser de igual importancia que la proclamación de la Declaración de derechos del

se elaborarán dos instrumentos generales de la mayor relevancia, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados ambos el 16 de diciembre de 1966 y que entraron en vigor internacionalmente el año 1976. El primero de ellos fue acompañado de un protocolo facultativo aprobado el mismo año y seguido en 1989 de un segundo protocolo facultativo³⁷⁵, mientras que el segundo cuenta con un protocolo aprobado en el año 2008³⁷⁶.

Como constata Peces-Barba, después de la Segunda Guerra Mundial “se va a producir una importante eclosión de la tarea convencional en orden a la protección de los Derechos humanos, reflejada en multitud de tratados sectoriales sobre reconocimiento y protección de Derechos fundamentales”³⁷⁷. Estos convenios se referirán en específico a determinados colectivos o a ciertas materias o determinados derechos³⁷⁸.

A nivel regional, en el caso de América, algunos meses antes de la Declaración Universal se había adoptado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Novena Conferencia Internacional Americana, efectuada en Bogotá, Colombia; luego, el 22 de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica se suscribe la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos y, el 17 de noviembre de 1988, en El Salvador, se adopta el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

hombre y del ciudadano de 1789, que la proclamación de los derechos del hombre en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos y que declaraciones análogas hechas en otros países.» (BOBBIO: *El tiempo de los derechos*, p.38).

³⁷⁵ Destinado a abolir la pena de muerte.

³⁷⁶ Faculta al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para desempeñar ciertas funciones previstas en el dicho protocolo.

³⁷⁷ PECES-BARBA: *Curso de derechos fundamentales*, p.174.

³⁷⁸ Así por ejemplo, entre los primeros, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, y entre los segundos, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Los instrumentos de la ONU en materia de derechos humanos están disponibles [en línea] en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx> [citado en mayo de 2015].

(Protocolo de San Salvador)³⁷⁹. Por su parte, en Europa, el 4 de noviembre de 1950, en Roma, los miembros del Consejo de Europa aprueban el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales³⁸⁰.

Estas declaraciones, pactos y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, suponen una nueva comprensión de los derechos fundamentales que supera los arcaicos límites estatales. En este sentido, Ferrajoli destaca la importancia de este proceso de internacionalización y sostiene que los derechos fundamentales “en particular y sobre todo, después de su formulación en convenciones internacionales recibidas por las constituciones estatales o en todo caso suscritas por los Estados, se han transformado en derechos supraestatales: límites externos y ya no sólo internos a los poderes públicos y bases normativas de una democracia internacional muy lejos de ser practicada pero normativamente prefigurada por ellos”³⁸¹. Subraya este autor que el paradigma del Estado constitucional de derecho “se ha extendido[...], al menos en el plano jurídico y normativo, también al derecho internacional”³⁸².

Afirmando la existencia de un proceso de internacionalización y su trascendencia, es necesario reconocer que “está en una fase aún muy embrionaria”³⁸³. Afirmar Peces-Barba la necesidad de “identificar las causas que lo justifican y también sus insuficiencias, así como las formas que presenta esta internacionalización de los derechos humanos, y los valores que lo impulsan”³⁸⁴.

Peces-Barba distingue entre las causas generales y las más inmediatas de este proceso. Entre las primeras señala “la influencia de la realidad social abierta, cada vez más en este siglo, y superadora de las fronteras nacionales, en el ámbito económico, cultural, educativo, de las comunicaciones, etc.”³⁸⁵. Evidentemente participamos desde hace algunas décadas en un proceso de globalización que, aunque inicialmente y de

³⁷⁹ Todos estos instrumentos se encuentran disponibles [en línea] en http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp [citado en mayo de 2015].

³⁸⁰ Texto revisado de conformidad con los protocolos núm.11 y núm. 14 y completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nos. 4, 6, 7, 12 y 13, se encuentra disponible [en línea] en http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf [citado en mayo de 2015].

³⁸¹ FERRAJOLI: “Los derechos fundamentales”, p.19.

³⁸² FERRAJOLI, Luigi: “Sobre los derechos fundamentales” en CARBONELL, Miguel (ed.): *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007, p.72.

³⁸³ PECES-BARBA: *Curso de derechos fundamentales*, p.154.

³⁸⁴ *Ibidem*, p.176.

³⁸⁵ *Ibidem*, p.176.

forma preponderante ha tenido un rostro económico financiero, es un fenómeno complejo de múltiples aristas, que ha hecho próximo lo que antes era lejano y reclama crecientemente en los diversos ámbitos de la vida humana un enfoque ya ni siquiera internacional sino universal. En el ámbito de los derechos, la normativa internacional busca precisamente el establecimiento de ciertos estándares compartidos universalmente. Mientras que entre las causas más inmediatas el citado autor menciona, por una parte, la necesidad de medios supraestatales para afrontar los ataques a los derechos fundamentales por parte de adversarios que se sitúan en más de un Estado y, por otra, “la mayor importancia del ser humano -a diferencia de los que ocurría en el Derecho internacional clásico- en el Derecho Internacional contemporáneo, que ha vivido un proceso de humanización que erosiona la soberanía de los Estados”³⁸⁶. Creemos que esta última es la seña de identidad que marca el proceso de internacionalización de los derechos, el reconocimiento de la dignidad de la persona con un carácter universal, que no admitiría verse limitado por fronteras estatales.

Hemos señalado que este proceso de internacionalización presenta también insuficiencias. Al respecto, Bobbio nos recordará que, aunque signo del progreso moral de la humanidad, todos sabemos bien “que la protección internacional es más difícil que la del Derecho interno, en particular en un Estado de Derecho”, de modo que “se podrían multiplicar los ejemplos del contraste entre las solemnes declaraciones y su realización, entre la grandiosidad de las promesas y la miseria de los cumplimientos”³⁸⁷. Mientras que Peces-Barba ve como la insuficiencia más importante “la inexistencia de un poder político supranacional con poderes plenos, en el mismo ámbito en que se pretende establecer el ordenamiento jurídico sobre esta materia”³⁸⁸. Agrega que en la sociedad contemporánea “las normas internacionales se aplican en un medio descentralizado, plural y muy heterogéneo” y esto dificulta notablemente “el control del cumplimiento de las normas internacionales, y la sanción en caso de incumplimiento, bien sea a través del mecanismo de las responsabilidad internacional, o de las otras formas previstas en ese ordenamiento”³⁸⁹.

³⁸⁶ *Ibidem*, p.176.

³⁸⁷ BOBBIO: *El tiempo de los derechos*, p.111.

³⁸⁸ PECES-BARBA: *Curso de derechos fundamentales*, pp.176-177.

³⁸⁹ *Ibidem*, p.177.

Cabe al respecto señalar que es posible reconocer la existencia de mecanismos de control, con menor o mayor grado de desarrollo, en el ámbito de los derechos, tanto a nivel universal como regional. Entre los primeros destaca el sistema de control de la Organización Internacional del Trabajo, tanto en lo que se refiere a los mecanismos de control regular como los especiales. Entre los segundos mencionan especial merecen los sistemas del Consejo de Europa y de la Organización de Estados Americanos. En ellos es posible constatar que, en distinta medida, se reconoce a individuos y organizaciones de la sociedad civil la legitimación para reclamar internacionalmente frente a eventuales vulneraciones de derechos.

Ferrajoli enfatiza que, desde la perspectiva del garantismo, “los derechos fundamentales establecidos por las constituciones estatales y por las cartas internacionales deben ser garantizados y concretamente satisfechos”³⁹⁰. Frente al difícil desarrollo de lo que denomina como garantismo y constitucionalismo internacionales y considerando los argumentos para sostener tal dificultad, entiende que éste pasa por la recuperación por parte de la política de los países ricos de la “capacidad de construcción e innovación... a la altura de los intereses a largo plazo de la humanidad entera, que son en una visión no miope, sus propios intereses” y funda esta alternativa, no en “un derecho cosmopolita imaginado y deseado”, sino en el “derecho internacional vigente”³⁹¹. Para Ferrajoli, “la garantía de la paz y de los derechos fundamentales estipulados en las cartas internacionales vigentes requiere la creación no tanto de instituciones de gobierno, como de instituciones de garantía,... [r]equiere, en suma, la aplicación de una constitución cosmopolita ya existente en el plano normativo - la Carta de la ONU, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los Pactos de 1966 y las demás Cartas internacionales y regionales de derechos - que es preciso cumplir, llenando las enormes lagunas de garantías que hoy posibilitan su violación y la hacen vana”³⁹². Pisarello, en mismo sentido, señala que tomar en serio estos instrumentos supondría, por un lado, “hacerlos valer como clave de interpretación y como fuente de

³⁹⁰ FERRAJOLI: “Sobre los derechos fundamentales”, p.72. Agrega que “el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrionario, que puede y debe ser extendido en una triple dirección: antes que nada hacia la garantía de todos los derechos, no solamente de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar frente a todos los poderes, no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados; en tercer lugar a todos los niveles, no sólo en el derecho estatal sino también en el internacional” (*Ibidem*, pp.72-73).

³⁹¹ FERRAJOLI, Luigi: *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, traducción de GREPPI, Andrea, Trotta, Madrid, 2006, p.117.

³⁹² *Ibidem*, pp.117-118.

crítica y deslegitimación de lo existente” y, por otro, “proyectar las formas institucionales, las garantías y reformas jurídicas y las estrategias necesarias para su realización”³⁹³.

Por otra parte, debemos señalar que, más allá del particularismo de un sistema heterogéneo y condicionado a la voluntad de los estados en orden a ratificar o no convenios y tratados, nos encontramos con que “una interpretación en notoria expansión -en consonancia, precisamente, con la mundialización-, postula que en tanto parte del *jus cogens*, los derechos humanos reconocidos como tales por la comunidad internacional en esas grandes Declaraciones y Pactos integran el orden público internacional y por tanto, gozan de *imperium* más allá de todo acto de ratificación, convalidación o recepción nacional”³⁹⁴.

Ya señalaba Bobbio que “desde la Declaración Universal, la protección de los derechos naturales tiende a tener en sí misma eficacia jurídica y valor universal” y “el individuo tiende a convertirse de sujeto de una comunidad estatal en sujeto también de la comunidad internacional, potencialmente universal”³⁹⁵. Ermida pone de manifiesto que “este nuevo Derecho de los derechos humanos supone una superación del Derecho internacional público tradicional, tanto en los sujetos, como en la materia y en las fuentes y en su naturaleza y extensión”³⁹⁶. Así “en cuanto a los *sujetos* del Derecho de los derechos humanos, no son sólo los Estados, como en el Derecho internacional público, sino también las personas, los seres humanos”; respecto de “la *materia o contenido* de este Derecho es, precisamente, los derechos humanos, y no relaciones entre Estados, como lo es el del Derecho internacional público tradicional”; y, por último “en cuanto a las *fuentes* del Derecho de los derechos humanos, no lo son solamente los clásicos acuerdos, tratados y convenios del Derecho internacional, sino también Declaraciones y otros instrumentos emanados de la comunidad internacional, no necesariamente sujetos a ratificación, la costumbre internacional y los principios

³⁹³ PISARELLO: “Globalización, constitucionalismo y derechos”, p.171.

³⁹⁴ ERMIDA URIARTE, Oscar: *Derechos laborales y comercio internacional*, ponencia presentada al V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima 2001, disponible [en línea] en http://www.rau.edu.uy/universidad/inst_derecho_del_trabajo/derlabermida.htm [citada en mayo de 2015].

³⁹⁵ BOBBIO, Norberto: *El tiempo de los derechos*, p.39.

³⁹⁶ ERMIDA URIARTE: *Derechos laborales y comercio internacional*, s/p.

generales del Derecho”³⁹⁷. Agregará Ermida que es característica del Derecho de los derechos humanos “la *universalidad*: su extensión o ámbito es una clara superación de la internacionalidad”, pues “no estamos ante un Derecho inter-nacional, de relaciones entre naciones o Estados, sino ante un Derecho universal, acorde con la universalidad de la persona humana y con el mismo proceso de globalización”³⁹⁸.

Habíamos señalado que la expresión derechos humanos suele reservarse para la consagración positiva de derechos en las declaraciones y convenciones internacionales³⁹⁹. Sin embargo, debemos constatar que el uso de esta terminología no siempre es uniforme. Así Bobbio utilizará también la expresión derechos humanos para aquellos positivados internamente y señalará que hay derechos fundamentales que son acogidos por la Declaración Universal, Peces-Barba hablará de tratados que reconocen y protegen derechos fundamentales y Ferrajoli se referirá a la formulación de derechos fundamentales en convenciones internacionales.

Más allá de un asunto de mera precisión terminológica, debemos tener presente la observación de fondo que, entre otros autores, ha expresado Cruz Villalón, en orden a que “la protección internacional de los derechos supera ya el marco propio de los derechos fundamentales”, en tanto “los derechos fundamentales son sencillamente los derechos en cuanto categoría constitucionalmente relevante” y “nacen con la Constitución y se acaban con la Constitución”⁴⁰⁰. Es posible sostener a esta altura de la historia que tal visión, que en su momento pudo ser del todo acertada, no da cuenta de la enorme y compleja relación existente entre la consagración de los derechos en las constituciones y en instrumentos internacionales y supranacionales. Como veremos más adelante, por una parte, al obligarse los Estados por estos instrumentos internacionales, estos pasan a tener eficacia jurídica al interior de los mismos, siendo posible encontrar ordenamientos en los cuales se integran en un bloque constitucional con los derechos consagrados en las cartas fundamentales, en otros se constituyen en clave hermenéutica de los derechos reconocidos constitucionalmente y en gran parte de los países su aplicación preferente respecto de las normas legales es indiscutida. Por otra parte, es

³⁹⁷ *Ibidem*, s/p.

³⁹⁸ *Ibidem*, s/p.

³⁹⁹ Vid. PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p.31 y ALDUNATE: *Derechos fundamentales*, p.46.

⁴⁰⁰ CRUZ VILLALÓN: “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, p.42

posible encontrar, especialmente en los sistemas regionales, verdaderos mecanismos de jurisdicción internacional de los derechos, a los cuales pueden recurrir los individuos frente a sus propios Estados.

2.2. Los derechos fundamentales en el derecho internacional

La comunidad internacional ha consagrado en diversos instrumentos, universales y regionales, tanto de carácter general como específicamente laborales, una serie de derechos a los que se les ha atribuido la propiedad de ser fundamentales, en virtud de su forma universal de imputación e indisponibilidad y de que han sido definidos en reglas generales y abstractas con pretensión de ser supraordenadas a las legislaciones de los Estados. Estos derechos positivados internacionalmente, fruto de un consenso generalizado a nivel global, se constituyen en valores o principios básicos compartidos por la comunidad internacional para el desarrollo de las sociedades y por tanto tienen un carácter paradigmático en la configuración de sus ordenamientos jurídicos.

2.2.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Convencional de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma en su artículo 1º que “los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Para Bobbio esta expresión “sería extremadamente genérica si no debiera entenderse en el sentido de que los «derechos» de los que habla son precisamente los derechos fundamentales enunciados a continuación”, de modo que, en la práctica, “esto significa que los derechos fundamentales enunciados en la Declaración deben constituir una especie de mínimo común denominador de las legislaciones de todos los países”⁴⁰¹. Manifestando la universalidad de los sujetos titulares de tales derechos, el mencionado instrumento dispone en su artículo 2º que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”. Bobbio enfatiza que “esto quiere decir que respecto a los derechos fundamentales enumerados en la declaración, todos los seres humanos deben ser considerados pertenecientes a la misma categoría”⁴⁰². Es decir, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante su

⁴⁰¹ BOBBIO, Norberto: *El tiempo de los derechos*, p.46.

⁴⁰² *Ibidem*, p.46.

Resolución 217 (III), aprobó y proclamó un instrumento, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en tanto universal, se refiere a todos los países y a todas las personas.

Como lo señaláramos, Bobbio ha sostenido que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 los derechos han encontrado “al fin su plena realización como derechos positivos universales”⁴⁰³ y que, con ella, comienza una fase “en la que la afirmación de los derechos es a la vez universal y positiva”⁴⁰⁴. Sin embargo, el mismo afirmará que “la Declaración es algo más que un sistema doctrinal, pero algo menos que un sistema de normas jurídicas [...], pues] la propia Declaración proclama los principios de los que se hace pregonera, no como normas jurídicas, sino como «ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse».”⁴⁰⁵. Existe un problema al señalar que los derechos alcanzan una positivación universal y al mismo tiempo predicar que el instrumento en que se produce esto carece del carácter de norma jurídica. Se hace necesario revisar ahora, aunque de manera breve, el tema de la naturaleza jurídica de la Declaración Universal.

Al respecto Ponce Martínez constata que, tanto al momento de su aprobación por la Asamblea General como en la doctrina a lo largo de los años, han existido distintas posiciones sobre el carácter jurídico vinculante de la Declaración y lo mismo ha sucedido con la evolución de la práctica internacional sobre la Declaración⁴⁰⁶.

Por una parte, entre los argumentos expresados durante su discusión y en el tiempo inmediatamente siguiente a su adopción para negar el carácter jurídico vinculante, atendiendo a la forma de su aprobación, se señaló que la Declaración es una resolución de la Asamblea General y, en tanto tal, “de acuerdo con una interpretación literal de los arts. 10 a 17 de la Carta de Naciones Unidas –que regulan las funciones y poderes de este órgano– no tendría carácter jurídico vinculante para sus Estados miembros”⁴⁰⁷ y que “la gran mayoría de los miembros que intervinieron en su redacción

⁴⁰³ *Ibidem*, p.68.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p.68.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p.69.

⁴⁰⁶ Vid. PONCE MARTÍNEZ, Carlos Félix: “La declaración universal de derechos humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales internos”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, N° 19-20, 2001-2002, pp.253-279.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p.255.

no tenían la intención de crear un documento obligatorio”⁴⁰⁸. Por el contrario, entre los argumentos para sostener su alcance obligatorio se señaló que: por tratarse de un documento interpretativo de la Carta está revestida de la misma fuerza preceptiva que la Carta⁴⁰⁹; que “ciertas normas de la D.U.D.H. figuraban ya como Derecho consuetudinario, por lo que ya poseían un valor obligatorio”⁴¹⁰; que “si bien no es tan efectiva y obligatoria como una Convención, no tiene por ello menos valor jurídico, pues está formulada por una resolución de la Asamblea con valor jurídico de recomendación; constituye el desarrollo de la Carta que incorpora los derechos del hombre al Derecho internacional positivo”⁴¹¹; que, “aún teniendo presente su falta de obligatoriedad jurídica [...], teniendo en cuenta el art. 56 de la Carta, los Estados miembros tienen la obligación de cooperar con Naciones Unidas para el cumplimiento de lo dispuesto en la Declaración” y que “si bien no en su totalidad, sí al menos algunas de sus partes en número creciente, se integran en la categoría de los «principios generales del Derecho», mencionados en el art. 36 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia y que tienen un cierto carácter obligatorio”⁴¹².

En la doctrina de los autores se ha dado un amplio debate y es posible distinguir tres líneas: las tesis que niegan el carácter jurídico de la Declaración y su obligatoriedad en este ámbito⁴¹³; las tesis que reconocen una innegable relevancia jurídica y moral y le atribuyen autoridad jurídica indirecta; y finalmente las que consideran que presenta un

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p.256. En ese sentido PONCE MARTÍNEZ presenta las opiniones de algunas personas que jugaron importantes papeles en la aprobación de la Declaración y que entendieron que esta no era obligatoria. Así, señala que “E. H. Carr, en respuesta al cuestionario enviado por la UNESCO en 1947 a diversos autores acerca de los problemas teóricos que planteaba la elaboración de la D.U.D.H. [la Declaración Universal], afirmaría que «cualquier declaración de los derechos y obligaciones del individuo, dentro de la sociedad, debe considerarse, en la etapa presente, como una declaración de intención o como una norma a la que debe aspirarse, más que como un compromiso internacionalmente obligatorio». Agrega que “en la misma línea la Sra. Roosevelt –Presidenta del Comité de Redacción constituido en el seno de la Comisión de Derechos Humanos y representante estadounidense– precisó que la D.U.D.H. no es un Tratado dotado de fuerza de ley, sino que es una Declaración de principios sobre los Derechos y Libertades Fundamentales de los individuos”. Consigna que “a su vez, al término de la votación de la aprobación de la D.U.D.H., el Presidente de la A.G.N.U. [la Asamblea General], el australiano H. V. Evatt, afirmó, en esta misma dirección, que «esta Declaración constituye únicamente el primer paso, puesto que no es una convención que obligue a los Estados a observar los Derechos Fundamentales del hombre»” (*Ibidem*, p.256).

⁴⁰⁹ *Vid. Ibidem*, p.256.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p.261.

⁴¹¹ *Ibidem*, p.262.

⁴¹² *Ibidem*, p.262.

⁴¹³ PÉREZ LUÑO destaca entre estos autores a Kelsen, afirmando que para este autor la Declaración “posee la más elevada autoridad moral, pero no jurídica” y que “a juicio de Kelsen, la Declaración ni tan siquiera posee valor hermenéutico para interpretar los principios de la Carta referentes a los derechos humanos, ya que una interpretación estricta de esta debe sólo puede llevarse a cabo en base a sus propias normas”(PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p.78).

valor jurídico obligatorio al formar parte del derecho internacional general, expresar principios fundamentales del ordenamiento internacional o ser su contenido parte del *ius cogens*⁴¹⁴.

Para Ponce Martínez, la Declaración, siendo originariamente no obligatoria, “gradualmente, al expresar una convicción jurídica general respecto a la obligada observancia de la mayor parte de los Derechos y Libertades allí enumerados, se ha transformado en norma consuetudinaria”⁴¹⁵, por lo que llega a sostener que “no hay duda sobre la existencia de una *opinio iuris* acerca de la debida observancia de la misma”⁴¹⁶.

⁴¹⁴ Vid. PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p.77-82 y PONCE MARTÍNEZ: “La declaración universal de derechos humanos...”, p.263-272. PONCE MARTÍNEZ resalta la tesis de P.SIEGHART, para quien la Declaración “crea obligaciones jurídicas a cargo de los Estados miembros de Naciones Unidas, pero no porque sea parte del Derecho Internacional consuetudinario, sino porque ellos expresamente han aceptado dichas obligaciones, conclusión a la que llega en función de tres argumentos”. Estos son: 1. “Los arts. 55 y 56 de la Carta crean la obligación jurídica para los Estados miembros de Naciones Unidas de adoptar las medidas necesarias para el logro del respeto de los Derechos Humanos; la Carta no enumera dichos Derechos, pero sí la D.U.D.H., texto que suple la ausencia del catálogo de los mismos en la Carta, de tal modo que los Estados miembros de Naciones Unidas han incorporado retroactivamente este catálogo en la Carta”. 2. La Declaración “constituye una guía interpretativa de la expresión «derechos humanos y libertades fundamentales» contenida en el art. 55,c) de la Carta y, de acuerdo con la norma general de interpretación de Tratados, contenida en el art. 31,3, b) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, de 23 de Mayo de 1969, juntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta «toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del Tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del Tratado». Pues bien, existe una práctica continuada de los Estados, y de la propia Naciones Unidas, en citar a la D.U.D.H. como el catálogo acordado de Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales, a menudo en el específico contexto del art. 55,c) de la Carta, como sucede con la Proclamación de Teherán, de 13 de Mayo de 1968, elaborada en el seno de la Primera Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos; en consecuencia, la expresión «derechos humanos y libertades fundamentales» proclamada en dicho artículo, debe interpretarse de tal modo que se refiere a los Derechos y Libertades previstos en la D.U.D.H”. 3. “En la citada Proclamación de Teherán, los representantes de Estados acordaron que la D.U.D.H. constituía una obligación para los miembros de la Comunidad Internacional; por lo tanto, si, en su momento, la D.U.D.H. no constituía una obligación para los Estados miembros de Naciones Unidas, sí lo es desde dicha Proclamación. Precisamente la Proclamación de Teherán considera a la D.U.D.H. como «obligatoria para la Comunidad Internacional»” (*Ibidem*, p.269-270).

⁴¹⁵ PONCE MARTÍNEZ: “La declaración universal de derechos humanos...”, p.270.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p.271. Cita al respecto el razonamiento del Tribunal Internacional de Justicia en su Sentencia de 27 de Junio de 1986, “en cuyo considerando 186 dirá que, para que una norma esté bien establecida como costumbre, no es necesario que la correspondiente práctica deba tener una conformidad absoluta con dicha norma; ya que «(...) para deducir la existencia de normas consuetudinarias le parece suficiente (al Tribunal Internacional de Justicia) que la conducta de los Estados en general sea conforme con esa norma y que ellos mismos consideren los comportamientos contrarios a esa norma como violaciones de la misma y no como indicaciones del reconocimiento de una nueva norma. Si un Estado actúa de un modo aparentemente incompatible con una norma reconocida, pero defiende su conducta apelando a excepciones o justificaciones contenidas en la misma norma, de ello se deduce una confirmación más que un debilitamiento de esa norma (...)»”. Agrega una Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia, de 8 de Julio de 1996, “en el sentido de que «(...) las resoluciones de la Asamblea General, aunque no son vinculantes, pueden a veces tener valor normativo. En ciertas circunstancias, pueden proporcionar pruebas importantes para determinar la existencia de una norma o la aparición de una *opinio*

Canessa Montejo recoge la teoría de que la Declaración “tienen carácter obligatorio porque es el complemento o la interpretación auténtica de la Carta de las NU” y “cumpliría el rol de definir el listado de derechos humanos recogidos en la Carta dentro del marco de evolución jurídica en la Naciones Unidas”⁴¹⁷. Por su parte, Pérez Luño entiende que “el proceso de positivación de los derechos humanos llevado a cabo por la O.N.U. debe asumirse orgánicamente”, de modo que “la Declaración Universal no puede entenderse como un elemento aislado, sino como el hito de un proceso más amplio en el que halla su auténtica significación: el de los esfuerzos de las Naciones Unidas por trasladar la defensa de los derechos humanos desde el plano de los principios generales del derecho reconocidos por sus miembros (en el sentido postulado por el art. 38, 1.c, del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia) y consagrados en los principios de la Declaración al derecho internacional convencional, a través de reglas expresamente reconocidas y ratificadas por los Estado miembros de la Organización en Convenios y Pactos (de acuerdo con el espíritu del art. 38, 1.b, del precitado Estatuto)”⁴¹⁸.

Más allá del valor jurídico que se le atribuya a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como señaláramos, en el marco del Derecho Internacional Convencional, a nivel universal se han adoptado dos instrumentos generales de la mayor relevancia, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En ambos se lleva a cabo un amplio desarrollo normativo respecto de los derechos considerados en la Declaración Universal, incorporándose incluso otros derechos. El primero de ellos cuenta, a la fecha, con 165 estados partes, mientras que el segundo cuenta con 160 estados partes⁴¹⁹. Es decir para la inmensa mayoría de los países del mundo, estos instrumentos, sea en virtud de su ratificación o de su adhesión, se encuentran en vigor.

iuris (...)); para lo que hay que tener en cuenta su contenido, las condiciones en que se aprobó y la existencia de una convicción jurídica general en cuanto a su carácter normativo” (*Ibidem*, p.271).

⁴¹⁷ CANESSA MONTEJO, Miguel Francisco: *La Protección internacional de los derechos humanos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.43.

⁴¹⁸ PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p.82.

⁴¹⁹ Se puede consultar la situación de ratificación, reservas y declaraciones de estos instrumentos [en línea] en <http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en> [citado en mayo de 2015].

El carácter orgánico que sugiere Pérez Luño se hace evidente en los preámbulos de ambos pactos de 1966. Para la consagración de derechos en ellos se considera “que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”, se reconoce “que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana” y que, “con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales”. De igual modo, los preámbulos expresan la consideración acerca de “que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos” y de la comprensión de que “que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este[os] Pacto[s]”. Así, como señala Pérez Luño, la adopción de estos pactos “muestra la culminación parcial de una tarea que no puede juzgarse sino en su conjunto, y en la que el proceso de positivación se completa con el esfuerzo para el efectivo disfrute de los derechos fundamentales positivizados”⁴²⁰.

En relación con este esfuerzo, Bobbio señala que “las actividades hasta ahora desarrolladas por los organismos internacionales para la tutela de los derechos humanos pueden ser consideradas bajo tres aspectos: promoción, control y garantía”⁴²¹. Por garantía en sentido estricto, este autor entiende “la organización de una verdadera tutela

⁴²⁰ PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p.82.

⁴²¹ BOBBIO, Norberto: *El tiempo de los derechos*, p.77. BOBBIO entiende por promoción “el conjunto de acciones que se orientan hacia este doble objetivo: a) inducir a los Estados que no tienen una disciplina específica para la tutela de los derechos humanos a que la introduzcan; b) inducir a los que ya la tienen a perfeccionarla, bien respecto al Derecho sustancial (número y calidad de los derechos a tutelar), bien respecto a los procedimientos (número y calidad de los controles jurisdiccionales)”. A su vez, por actividad de control “se entiende el conjunto de las medidas que los distintos organismos internacionales ponen en práctica para verificar si las recomendaciones han sido acogidas y los tratados respetados y en qué grado lo han sido”. Señala que “dos modos típicos para ejercer este control, ambos previstos, por ejemplo, por los dos Pactos de 1966 antes mencionados, son los informes que todo Estado signatario del tratado se compromete a presentar sobre las medidas adoptadas para tutelar los derechos humanos de conformidad con el propio pacto (ver art. 40) y las comunicaciones con las que un Estado parte denuncia que otro Estado parte no ha cumplido las obligaciones derivadas del pacto (ver art. 41)” (*Ibidem*, p.77)

jurisdiccional de carácter internacional, sustitutiva de la nacional”⁴²². Bobbio llama la atención respecto de que “la separación entre las dos primeras formas de tutela de los derechos humanos y la tercera es muy tajante: mientras que tanto la promoción como el control se dirigen exclusivamente a las garantías existentes o por establecer dentro del Estado, es decir, tienden a reforzar o a perfeccionar el sistema jurisdiccional nacional, la tercera tiene por mira la creación de una nueva y más alta jurisdicción, la sustitución de la garantía nacional por la internacional, cuando ésta sea insuficiente o falte sin más”. A este respecto afirma categóricamente que sólo se podrá hablar de tutela internacional de verdad cuando una jurisdicción internacional consiga imponerse y superponerse a las jurisdicciones nacionales, y se realice el paso desde la garantía dentro del Estado -que todavía caracteriza predominantemente la fase actual- hasta la garantía contra el Estado”⁴²³.

Peces-Barba destaca respecto de los pactos de 1966 el establecimiento de “un sistema específico de control de los derechos fundamentales, que consta de dos proyecciones: la de la información y la de reclamación”⁴²⁴. Es necesario tener claro que mientras el control por informes es común a ambos pactos, la vía de reclamación es propia sólo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo. El control por la vía de reclamación admite denuncias ante el Comité de Derechos Humanos entre Estados y, en el caso de los Estados que sean parte del Protocolo, de individuos de los Estados partes contra estos⁴²⁵. Todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto necesitará haber agotado todos los recursos internos disponibles para reclamar ante el Comité.

Es posible constatar garantías que consideran una jurisdicción internacional que han sido previstas y desarrolladas a nivel regional, donde cabe destacar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).

⁴²² *Ibidem*, pp.77-78.

⁴²³ *Ibidem*, p.78.

⁴²⁴ PECES-BARBA: *Curso de derechos fundamentales*, p.548.

⁴²⁵ *Vid. Ibidem*, p.548. El Protocolo Facultativo establece en su Artículo 1 que “Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto”. Debemos consignar que España adhirió al Protocolo Facultativo el 25 de enero de 1985, mientras que Chile lo hizo el 27 de mayo de 1992.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales instituye un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el que se encuentra regulado en el Título II del Convenio (artículos 19 y ss.). La competencia del mencionado tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos. Puede conocer asuntos entre Estados partes, es decir, en los que uno de ellos someta al tribunal cualquier incumplimiento imputado a otro, como demandas individuales, presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por uno de los Estados partes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. El Convenio establece la fuerza obligatoria de las sentencias definitivas del Tribunal, las partes contratantes se comprometen a acatarlas en los litigios en que sean partes y el Comité de Ministros del Consejo de Europa velará por la ejecución de las sentencias.

El Pacto de San José, en su Parte II (artículos 33 y ss.), establece medios de la protección y determina los órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de la Convención, estos serán la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión puede recibir peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte presentadas por cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización. Además, pueden ser presentadas comunicaciones por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca competencia de la Comisión en contra de un Estado parte que también haya hecho tal declaración⁴²⁶. Para la admisión de una petición o comunicación, entre otros requisitos, se exige que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna. Sólo los Estados parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte y para ello se requiere que el Estado parte haya reconocido como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la

⁴²⁶ A dicho efecto, según dispone el artículo 45.1 “todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención”.

interpretación o aplicación de esta Convención. En la Convención, los Estados se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todos aquellos casos en que ellos sean partes.

No podemos sino coincidir con Cançado Trindade en afirmar que las normas que “disponen sobre el derecho de petición individual y la jurisdicción internacional obligatoria [...] de derechos humanos”⁴²⁷ constituyen “pilares básicos del mecanismo internacional de los derechos humanos” y que tal acceso de los individuos a la justicia internacional “representa una verdadera *revolución jurídica*”⁴²⁸. El citado autor enfatiza que estas “son cláusulas de fundamental importancia de los tratados de derechos humanos, sin las cuales los derechos consagrados en ellos se reducirían a poco más que letra muerta”⁴²⁹. En su concepto, “es por medio del ejercicio del derecho a petición individual a la instancia judicial internacional de protección que se da expresión concreta al reconocimiento de que los derechos humanos a ser protegidos son inherentes al ser humano, no derivan del Estado, y tampoco pueden ser por éste suprimidos”⁴³⁰.

Con todo, desde la perspectiva de la eficacia de los derechos entre particulares, estamos frente al inconveniente de que todos estos procedimientos han sido instituidos a partir de una concepción que circunscribe los derechos fundamentales al ámbito de una relación vertical entre el Estado y los individuos, de modo que para activarse se requiere que sea el Estado quien vulnere tales derechos. En este nivel, sólo podría pretenderse tal eficacia de manera indirecta, a través del establecimiento del Estado como violador de los derechos, al no garantizarlos adecuadamente mediante los procedimientos internos. Finalmente lo que se obtendría de la jurisdicción internacional es un pronunciamiento sobre la responsabilidad del Estado en tanto violador de los derechos y no una afirmación respecto de la vinculabilidad entre los privados.

En síntesis, podemos afirmar que hoy contamos en el sistema de Naciones Unidas con instrumentos internacionales que reconocen a las personas derechos subjetivos de imputación universal. Entre tales instrumentos se encuentran: la

⁴²⁷ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto: *El Derecho internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, Santiago, 2006, p.368.

⁴²⁸ *Ibídem*, p.321.

⁴²⁹ *Ibídem*, p.368.

⁴³⁰ *Ibídem*, p.368.

Declaración Universal, que aun cuando inicialmente no se había adoptado como obligatoria ha ido adquiriendo por las razones señaladas precedentemente cada vez mayores caracteres de obligatoriedad jurídica; los Pactos de 1966, que forman parte del derecho internacional convencional y son obligatorios para quienes son parte de ellos, lo que equivale decir en la práctica que lo son para la inmensa mayoría de los países; los instrumentos regionales de derecho internacional convencional como los americanos y europeos, y los instrumentos específicos para determinados colectivos o materias. Hemos visto que, además de estar dotados de mecanismo de promoción y control, algunos de estos instrumentos -aunque no todos- cuentan con mecanismos de garantía que pueden ser denominados como de justicia internacional y en ellos se reconoce legitimación activa a los individuos.

Los derechos humanos, como nos recuerda Díez-Picazo Giménez, “encarnan valores o bienes jurídicos globalmente similares a los que, a nivel interno, protegen los derechos fundamentales”, de modo que la denominación «derechos humanos» no designa una realidad sustancialmente distinta de la designada con la expresión «derechos fundamentales»: se está siempre en el terreno de aquellos derechos que se atribuyen a todos los seres humanos -o, cuanto menos, a todos los ciudadanos- por el mero hecho de serlo; y en esta medida, se trata de cánones básicos de justicia establecidos en una sociedad y en un momento dado”⁴³¹. En este sentido, cuando hablamos de los derechos humanos consagrados en un instrumento internacional, estamos hablando de un derecho subjetivo protegido por una norma jurídica en esa dimensión. Así como en su momento señalamos con Pérez Luño que la denominación derechos fundamentales se utilizaba para designar a “los derechos humanos positivados a nivel interno”⁴³², podemos decir que la denominación derechos humanos, en sentido estricto, podría utilizarse para designar a los derechos fundamentales positivados en el orden internacional. Por tanto, así definida la utilización del término derechos humanos podemos decir que estos son propiamente derechos fundamentales, en los términos que hemos definido en el primer capítulo.

⁴³¹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *Sistema de derechos fundamentales*, p.149. Llama la atención que, después de esta afirmación, una línea más abajo este autor señale que “tanto o más que genuinos derechos subjetivos, los derechos humanos contienen obligaciones exigibles a los Estados” (*Ibidem*, p.149), puesto que siendo evidente que de los instrumentos internacionales sobre la materia surgen obligaciones para los Estados, lo hacen precisamente porque en ellos se reconocen derechos a las personas.

⁴³² PÉREZ LUÑO: *Los derechos fundamentales*, p.44.

Frente a la insuficiencia o limitada garantía a la que se verían enfrentados los derechos humanos consagrados internacionalmente y que los debilitaría en su calidad de derechos, debemos recordar lo sostenido por Ferrajoli, en orden a distinguir entre los derechos y sus garantías, reconociendo que “los derechos existen si y sólo si están normativamente establecidos, así como las garantías constituidas por las obligaciones y las prohibiciones correspondientes existen si y solo si ellas se encuentran normativamente establecidas”, por lo que “habremos de admitir que los derechos y las normas que los expresan existen en cuanto son positivamente producidos por el legislador, sea ordinario, constitucional o internacional”⁴³³. De manera que, como señala dicho autor, “la ausencia de garantía debe ser considerada como una indebida *laguna* que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar; del mismo modo que las violaciones de derechos cometidas por los poderes públicos contra sus ciudadanos deber ser concebidas como *antinomias* igualmente indebidas que es obligatorio sancionar como *actos ilícitos* o anular como *actos inválidos*”⁴³⁴.

Respecto de los derechos consagrados por los instrumentos internacionales de derechos humanos se ha puesto hasta ahora el énfasis respecto de la importancia de su tutela internacional mediante mecanismos de control y de jurisdicción internacional, de modo que, como señala Bobbio, “se realice el paso desde la garantía dentro del Estado [...] hasta la garantía contra el Estado”⁴³⁵. Ello es sin duda importante. Sin embargo, precisamente por los límites que en ese nivel se enfrentan, resulta del mayor interés abordar, como lo haremos más adelante, la relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (o derechos fundamentales internacionales) y el Derecho Interno y, particularmente, la incorporación de aquel y sus implicaciones para los legisladores y los jueces.

⁴³³ FERRAJOLI: “Los derechos fundamentales”, pp.49-50.

⁴³⁴ *Ibidem*, p.50.

⁴³⁵ BOBBIO, Norberto: *El tiempo de los derechos*, p.78.

2.2.2. La Organización Internacional del Trabajo y los derechos fundamentales en el trabajo

La Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁴³⁶ se constituye en el año 1919 para efectos de alcanzar los fines de justicia social y humanización del trabajo expresados en su Constitución⁴³⁷, que serán complementados por la Declaración de Filadelfia, de 1944⁴³⁸. Valticos destaca que “René Cassin, el principal autor de la Declaración Universal, escribió en 1950 que la propia Constitución de la OIT, que formó parte del Tratado de Versalles, fue el primer fundamento convencional «de un derecho internacional relativo a las libertades individuales esenciales»”⁴³⁹.

Esta organización, en cumplimiento de su misión, ha generado un sistema normativo y los correspondientes mecanismos de promoción y control del cumplimiento de sus disposiciones. Entre las normas internacionales del trabajo podemos distinguir los convenios, que son instrumentos que crean obligaciones jurídicas al ser ratificados por los Estados Miembros, y las recomendaciones, que son instrumentos que señalan pautas para orientar la política, la legislación y la práctica de los Estados Miembros, los cuales no se prestan a la ratificación. Los convenios de la OIT apuntan a establecer normas mínimas para las condiciones de trabajo y relaciones laborales, constituyendo uno de los primeros intentos de crear una red normativa internacional de alcance

⁴³⁶ La OIT formó parte de la Sociedad de las Naciones y su Constitución está contenida en la parte XIII del Tratado de Versalles. Posteriormente funcionó con autonomía, y luego, se convierte en 1946 en la primera agencia especializada de la Organización de Naciones Unidas. En la actualidad cuenta con los 185 países miembros. Tiene un carácter tripartito que la distingue de otras organizaciones internacionales, pues en ella participan no sólo representantes de los gobiernos, sino que también de los empleadores y trabajadores de los Estados miembros.

⁴³⁷ En el preámbulo de la Constitución de la OIT se expresan los siguientes considerandos: “que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social”; “que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales” y “que es urgente mejorar dichas condiciones”, y “que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países”.

⁴³⁸ Precisamente relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo.

⁴³⁹ VALTICOS, Nicolas: “Normas internacionales del trabajo y derechos humanos. ¿Cómo estamos en vísperas del año 2000?”, en *Revista Internacional del Trabajo*, 117 (1998), No. 2, disponible [en línea] http://training.itsilo.it/ils/foa/library/labour_review/1998_2/spanish/valticos_es.html, s/p.

universal, logrando un notable desarrollo. La OIT ha aprobado hasta la fecha un total de 189 convenios internacionales del trabajo⁴⁴⁰.

Se afirma que la OIT “tiene, con su función normativa, la capacidad de incidir en el establecimiento de mínimos universales que hacen parte del resguardo y desarrollo de la dignidad humana en el trabajo y en la vida cotidiana”⁴⁴¹. Respecto de las relaciones entre las normas internacionales del trabajo de la OIT y los derechos humanos, Valticos señala que “el propio contenido de las numerosas normas del trabajo adoptadas por la OIT y de los pactos internacionales y demás convenciones de las Naciones Unidas tiene varios puntos en común que en más de una ocasión han sido puestos de manifiesto”⁴⁴² y afirma que “que las normas internacionales del trabajo constituyen, en conjunto, una categoría especial de derechos humanos”⁴⁴³. Cabe recordar que la propia Declaración Universal reconoce el derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, entre otros derechos de contenido laboral. Como se ha señalado por la propia OIT, “la Declaración de Filadelfia, adoptada en 1944, al referirse a los fines y objetivos de la OIT, establece que «todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades, lo que debe constituir el propósito central de la política nacional e internacional»” y reafirma que “las normas no son sólo un instrumento de regulación de las relaciones sociales, sino un pilar en la construcción del Estado Social”⁴⁴⁴.

Valticos afirma que, “aunque a primera vista las normas internacionales del trabajo se refieren, por definición, a los derechos económicos y sociales, también tienen mucha repercusión en los derechos humanos en el ámbito de los derechos civiles y políticos”⁴⁴⁵. Destaca que, “más especialmente, las tres cuestiones capitales de la

⁴⁴⁰ El último es el Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, adoptado en junio de 2011 y que entró en vigor el 5 septiembre 2013.

⁴⁴¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Normas de OIT y justicia social: Chile • Paraguay • Uruguay*, Oficina Internacional del Trabajo, Santiago, 2009, p.23.

⁴⁴² VALTICOS: “Normas internacionales del trabajo y derechos humanos”, s/p.

⁴⁴³ *Ibidem*, s/p.

⁴⁴⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Normas de OIT y justicia social*, p.23.

⁴⁴⁵ VALTICOS: “Normas internacionales del trabajo y derechos humanos”, s/p. Aunque dicho autor no comparte tal división, expresando que “debe observarse que la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en 1948 [...] se refería tanto a los derechos económicos, sociales y culturales como a los derechos civiles y políticos” y que “hasta los pactos internacionales adoptados casi veinte años

abolición del trabajo forzoso, la libertad sindical y la eliminación de la discriminación ilustran con claridad el papel desempeñado al respecto por las normas de la OIT”⁴⁴⁶. Agrega que, “en el ámbito de los derechos laborales, los lazos entre las normas de la OIT y los derechos humanos saltan a la vista cuando se lee el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: igualdad de remuneración entre mujeres y hombres (Convenio núm. 100 y artículo 7 del Pacto), seguridad y salud en el trabajo (numerosos convenios y el artículo 7 del Pacto), descanso semanal, limitación de la jornada laboral y vacaciones pagadas (diversos convenios de la OIT y artículo 7 del Pacto), derecho a la seguridad social (varios convenios de la OIT y artículo 9 del Pacto), protección de la maternidad (diversos convenios de la OIT y artículo 10 del Pacto), protección y asistencia a niños y adolescentes (varios convenios de la OIT y artículo 10 del Pacto)”⁴⁴⁷. Si bien es posible afirmar que no todo lo contenido en los convenios internacionales del trabajo corresponde materialmente a derechos fundamentales o a derechos humanos (en el sentido estricto que hemos adoptado en este trabajo), es posible sostener que una buena parte de ellos o de su articulado se refiere a derechos que en los ordenamientos constituciones nacionales y en los instrumentos internacionales de derechos humanos se han catalogado como tales.

La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios ha destacado que “las normas y las actividades cumplidas en la práctica por la OIT en materia de derechos humanos están vinculadas estrechamente a los valores universales establecidos en la Declaración y son absolutamente compatibles con ellos”, haciendo notar que “con la excepción del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), todos los convenios fundamentales de la OIT en materia de derechos humanos se adoptaron ya sea al mismo tiempo que la Declaración o en los años que inmediatamente siguieron a ésta, y todos se encuentran en conformidad con la filosofía y los principios establecidos en ese

después (en diciembre de 1966) por la Asamblea General de las Naciones Unidas, tras largas y penosas deliberaciones, no se establecieron dos textos distintos, uno de ellos relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, y el otro a los derechos civiles y políticos, división que no podemos por menos que lamentar, ya que, en realidad, los derechos humanos abarcan derechos correspondientes a una y otra categoría, las cuales no están separadas por ninguna diferencia esencial; antes bien, ambas deberían ser indisociables”. Denuncia que “esta dicotomía no se debe, en realidad, a consideraciones de orden lógico o jurídico, como a veces se ha argüido, sino a motivaciones políticas que enfrentaban a los Estados de distintas orientaciones” (*Ibidem*, s/p).

⁴⁴⁶ *Ibidem*, s/p.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, s/p.

importante documento”⁴⁴⁸. Agrega la Comisión de Expertos que “reviste aún más importancia el hecho de que las normas de la OIT en materia de derechos humanos, conjuntamente con los instrumentos adoptados en la ONU y en otras organizaciones internacionales, dan aplicación práctica a la expresión general de las aspiraciones humanas formuladas en la Declaración Universal y han traducido en términos vinculantes los principios de ese noble documento”⁴⁴⁹, destacando que “el hecho de que los instrumentos de la OIT en materia de derechos humanos que corresponden al ámbito de su competencia hayan sido tan ampliamente ratificados, es una prueba más del grado en que reflejan los valores universales establecidos en la Declaración”⁴⁵⁰.

La Organización Internacional del Trabajo adoptó el 18 de junio de 1998, en Ginebra, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su Seguimiento⁴⁵¹, luego de numerosos debates que se habían venido efectuando en su seno desde el año 1994⁴⁵² y en otras instancias de carácter internacional⁴⁵³. En ella se declara que “todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos [aquellos que han sido reconocidos como

⁴⁴⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1A)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 86.a reunión, 1998, Ginebra, párrafo 57.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, párrafo 58.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, párrafo 58.

⁴⁵¹ Disponible [en línea] en <http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/lang--es/index.htm> [citada en mayo de 2015].

⁴⁵² Para el ex Director General de la OIT, Michel HANSENNE, “con esta Declaración, la OIT asume las tareas que le ha encomendado la comunidad internacional, adoptando a tal efecto, habida cuenta de las realidades de la mundialización de la economía, una verdadera plataforma social mínima de ámbito mundial”. Para HANSENNE, “el crecimiento debe ir acompañado, pues, de un mínimo de reglas de funcionamiento social fundadas en valores comunes, en virtud de las cuales los propios interesados tengan la posibilidad de reivindicar una participación justa en las riquezas que han contribuido a crear”, y “la Declaración pretende conciliar la preocupación por estimular los esfuerzos que todos los países dedican a lograr que el progreso social vaya a la par con el progreso de la economía, por una parte, con la de respetar la diversidad de situaciones, las posibilidades y las preferencias de cada país por la otra” (HANSENNE, Michel: “Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento”, en *Boletín CINTERFOR*, No. 143, may-ago 1998, p.9, disponible [en línea] en http://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_articulo/bol2.pdf [citado en mayo de 2015]).

⁴⁵³ Así la “en 1995, la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Social, celebrada en Copenhague, acordó una serie de compromisos que definieron un nuevo campo de acción”, entre ellos “el tercer compromiso de la Cumbre afirma que el pleno empleo es una prioridad básica de las políticas económicas y sociales” y “los delegados acordaron proteger los derechos básicos de los trabajadores y, con ese fin, promover la observancia de los convenios pertinentes de la Organización Internacional del Trabajo, incluidos los que tratan de la prohibición del trabajo forzoso y el trabajo infantil, la libertad de asociación, el derecho de sindicación y de negociación colectiva y el principio de la no discriminación”. Por otra parte, en la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC), celebrada en 1996 en Singapur, “además de afirmar su respeto por las normas fundamentales del trabajo los Ministros de Comercio señalaron que éstas eran de la competencia de la OIT” (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Antecedentes* [de la Declaración] disponible [en línea] en <http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/background/lang--es/index.htm>), [citado en mayo de 2015].

fundamentales dentro y fuera de la Organización], tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: (a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; (b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; (c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y (d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”.

El preámbulo de la Declaración afirma que, “con el objeto de mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especiales al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano”. La elección de estos derechos como fundamentales en la Declaración radica no sólo en que ellos son derechos de imputación universal, como podrían serlo otros, sino en que son supuesto necesario para el ejercicio del resto, es decir “su carácter de fundamentales nace de su naturaleza de derechos humanos y de su calidad «de base facilitadora»...en cuanto permite el desarrollo de otros derechos laborales que le están íntimamente vinculados”⁴⁵⁴, siendo, pues, “una verdadera piedra angular”⁴⁵⁵.

Ermida destaca que con la Declaración, “desde cierto punto de vista, se trata de dar un salto cualitativo, apuntando a universalizar o «globalizar» los principios contenidos en determinado número de convenios, independizando su eficacia del acto de ratificación nacional”⁴⁵⁶. Sin embargo, se hace cargo de que “desde otro punto de vista, más bien pesimista, se ha dicho que la OIT ha adoptado una opción minimalista, respondiendo a las demandas de desregulación y flexibilización, con una

⁴⁵⁴ VEGA RUIZ, María Luz y MARTÍNEZ, Daniel: *Los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Su valor, su viabilidad, su incidencia y su importancia como elementos de progreso económico y de justicia social*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002, p.12.

⁴⁵⁵ Vid. KELLERSON, Hilary: “La Declaración de la OIT de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales: Un reto para el futuro” en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 117 (1998), núm. 2, s/p, [en línea] en http://training.itsilo.it/ils/foa/library/labour_review/1998_2/spanish/kellerson_es.html.

⁴⁵⁶ ERMIDA URIARTE: *Derechos laborales y comercio internacional*, s/p.

circunscripción de sus esfuerzos al cumplimiento de un elenco reducido de convenios, lo que tácitamente supondría una despreocupación por los demás”⁴⁵⁷.

Creemos que subrayar la fundamentalidad de determinados derechos, a partir de su comprensión como base necesaria para el eficaz ejercicio de los otros derechos, no les resta en nada el carácter de derechos fundamentales a estos últimos, ni afecta su comprensión como derechos reconocidos universalmente respecto de los cuales es preciso proporcionar las debidas garantías.

2.2.3. Los derechos fundamentales en el Derecho comunitario

Nos hemos referido al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el ámbito del Consejo de Europa, pero en esta región el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales se enmarcan en un sistema más complejo. Es necesario tener también en consideración lo que sucede con el derecho de la Unión Europea. Para los países miembros de ambas organizaciones, como España, se produce una interconexión entre su propio ordenamiento constitucional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Derecho comunitario.

Si bien es innegable que, al crearse la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y, posteriormente, constituirse la Comunidad Económica Europea, los objetivos perseguidos eran fundamentalmente económicos, relativos al funcionamiento de los mercados, es posible reconocer también la pretensión de establecer condiciones para una Europa unida y en paz.

En esa última línea, ha existido una interesante evolución en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, en la cual ha resultado de la mayor importancia el papel que ha jugado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (antes de la Comunidad Europea). Esta evolución se verá reflejada con claridad también en los tratados de Maastrich, Amsterdam y Niza⁴⁵⁸, hasta incluir dentro de la competencia del

⁴⁵⁷ *Ibidem*, s/p.

⁴⁵⁸ *Vid.* Art. F.2 del Tratado de Maastrich para la Unión Europea, la modificación al Artículo L de ese Tratado por Tratado de Amsterdam; el Art. 136 (antiguo artículo 117) del Tratado de la Comunidad Europea desde el Tratado de Amsterdam; el artículo 181 A.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea modificado por el Tratado de Niza. En el Tratado de la Unión Europea (versión consolidada

Tribunal de Justicia los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, en tanto principios generales del Derecho comunitario.

En materia de derechos fundamentales, se ha desarrollado una importante jurisprudencia por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁵⁹, principalmente con motivos de decisiones sobre cuestiones prejudiciales⁴⁶⁰.

No obstante la encomiable labor del Tribunal de Justicia y la consecuente evolución de los tratados, persistían importantes observaciones en relación con los derechos fundamentales en los tratados. Es cierto que se había producido una ampliación desde el Tratado de la Comunidad Económica Europea, que se limitaba a señalar libertades de contenido económico u orientadas al funcionamiento del mercado común (libre circulación de personas, servicios y capitales y libre competencia, prohibiéndose toda discriminación por razón de la nacionalidad para el ejercicio de esas libertades) y a establecer una cláusula de igualdad de remuneraciones de hombres y mujeres, explicitándose luego otros derechos, entre los que destacan la igualdad entre mujeres y hombres de manera más amplia y la prohibición de la discriminación. Sin embargo, el catálogo de derechos continuaba siendo muy restringido.

En el año 1989 se adopta la Carta comunitaria de los derechos sociales

2002/C 325/01, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 24.12.2002) el Artículo 6 que dispondrá en su núm. 1 que “[l]a Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros” y en su núm.2 que “[l]a Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”.

⁴⁵⁹ Freixes Sanjuán pone de relieve la protección pretoriana o activismo judicial, fruto de posición militante de defensa de los derechos fundamentales, llegando a afirmar que “si no hubiera sido por la acción protectora del Tribunal de Justicia, aun sin base legal clara, los derechos fundamentales no hubieran sido más que una fórmula retórica despojada de todo efecto jurídico en el ámbito de la Unión Europea” (FREIXES SANJUÁN, Teresa: “Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, Nº. 4, 2005, pp.47 y 48).

⁴⁶⁰ Un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros puede pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la interpretación de los Tratados o sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

fundamentales de los trabajadores, por la que se establece los grandes principios sobre los que se basa el modelo europeo de derecho laboral⁴⁶¹. Este instrumento tuvo la importancia política antes indicada, pero carece de carácter jurídicamente vinculante⁴⁶².

Por largo tiempo se manifestó la necesidad de un reconocimiento más completo de los derechos civiles, políticos y sociales, mediante una formulación que pudiera incorporarse a los tratados de la Unión Europea⁴⁶³. Este debería ser un paso más en la comprensión de Europa como un espacio de derechos fundamentales⁴⁶⁴. Primero, en 1996, un “Comité de Sabios”⁴⁶⁵, designado por la Comisión Europea y luego, en 1999, un “Grupo de Expertos”⁴⁶⁶, efectuaron proposiciones en dicho sentido, en las que se abordaba también el tema de la protección judicial de estos derechos. Posteriormente, el Consejo Europeo decide que la formulación de los derechos debería consolidarse en una Carta y conformó un órgano, que se denominó Convención⁴⁶⁷, para la elaboración de un proyecto en tal sentido. Finalmente, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea⁴⁶⁸ fue aprobada por el Parlamento, el Consejo y la Comisión, y proclamada, en diciembre de 2000, por el Consejo Europeo de Niza.

La Carta de Niza afirma en su preámbulo que la Unión Europea “está fundada

⁴⁶¹ Se refiere a la libre circulación de los trabajadores, el empleo y las retribuciones, la mejora de las condiciones de trabajo, la protección social, la libertad de asociación y de negociación colectiva, la formación profesional, la igualdad de trato entre hombres y mujeres, la información, la consulta y la participación de los trabajadores, la protección de la salud y de la seguridad en el trabajo, y la protección de los niños, los adolescentes, las personas de edad avanzada y las personas con discapacidad.

⁴⁶² Con todo, se ha destacado esta Carta como “otro extraordinario ejemplo de fuente jurídica no vinculante, convertida después en un trampolín de lanzamiento de un rico programa de acción legislativa” (SCIARRA, Silvana: “25 años de «Relaciones Laborales» en la doctrina europea”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 23, 2010, Madrid, s/p.).

⁴⁶³ Vid. SIMITIS, Spiros *et al*: *Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar*, Informe del grupo de expertos sobre derechos fundamentales, Comisión Europea, Bruselas, febrero de 1999, 19 pp.

⁴⁶⁴ Freixes Sanjuán destaca que al decidirse la elaboración de la Carta “no se actuaba en el vacío, sino que en presencia de un, aunque asistemático y disperso, verdadero acervo comunitario en materia de derechos fundamentales derivado tanto de los Tratados comunitarios y sus normas de renvío como del derecho derivado y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia” (FREIXES SANJUÁN, Teresa: “Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N° 4, 2005, p.57).

⁴⁶⁵ Este comité fue presidido por Lourdes de Pintasilgo.

⁴⁶⁶ Este grupo fue encabezado por Spiros Simitis.

⁴⁶⁷ Se eligió como presidente de la Convención a Roman Herzog,

⁴⁶⁸ Texto original disponible [en línea] en http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf, [citado en mayo de 2015]

sobre los valores indivisibles⁴⁶⁹ y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho” y se justifica a sí misma en la idea de “reforzar la protección de los derechos fundamentales”, entendiendo por aquellos “los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. La Carta incluye un preámbulo introductorio y cincuenta y cuatro artículos, distribuidos en siete capítulos⁴⁷⁰.

Conforme a lo que establece su artículo 51, las disposiciones de la Carta “están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”, y, por consiguiente, “éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias”. Sin embargo, es pertinente destacar que en Niza se acordó no dar a la Carta valor

⁴⁶⁹ El Informe del grupo de expertos sobre derechos fundamentales había sido meridianamente claro en destacar la indivisibilidad de los derechos fundamentales.

⁴⁷⁰ En síntesis el contenido de la Carta de Niza es el siguiente: Capítulo I: dignidad (dignidad humana, derecho a la vida, derecho a la integridad de la persona, prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado); Capítulo II: libertad (derechos a la libertad y a la seguridad, respeto de la vida privada y familiar, protección de los datos de carácter personal, derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, libertad de expresión e información, libertad de reunión y asociación, libertad de las artes y de las ciencias, derecho a la educación, libertad profesional y derecho a trabajar, libertad de empresa, derecho a la propiedad, derecho de asilo, protección en caso de devolución, expulsión y extradición); Capítulo III: igualdad (igualdad ante la ley, no discriminación, diversidad cultural, religiosa y lingüística, igualdad entre hombres y mujeres, derechos del menor, derechos de las personas mayores, integración de las personas discapacitadas); Capítulo IV: solidaridad (derecho a la información y a la consulta de los trabajadores en la empresa, derecho de negociación y de acción colectiva, derecho de acceso a los servicios de colocación, protección en caso de despido injustificado, condiciones de trabajo justas y equitativas, prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo, vida familiar y vida profesional, seguridad social y ayuda social, protección de la salud, acceso a los servicios de interés económico general, protección del medio ambiente, protección de los consumidores); Capítulo V: ciudadanía (derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo y derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales, derecho a una buena administración, derecho de acceso a los documentos, Defensor del Pueblo Europeo, derecho de petición, libertad de circulación y de residencia, protección diplomática y consular); Capítulo VI: justicia (derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, presunción de inocencia y derechos de la defensa, principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas, derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito), y Capítulo VII: disposiciones generales.

jurídico vinculante⁴⁷¹. Con todo, se subrayó en su momento por la doctrina que, aunque se veía que era probable que finalmente no tuviera un carácter vinculante, la Carta se redactó como si fuera a tenerlo⁴⁷². Así, Díez-Picazo Giménez percibió a la Carta de Niza “como una máquina completamente acabada, que sólo espera ser puesta en marcha para desplegar toda su potencia”⁴⁷³. Es más, se ha destacado los efectos jurídicos de la Carta, en tanto se han invocado ante el Tribunal de Justicia los derechos por ella consagrados, no sólo para reforzar derechos reconocidos por otros instrumentos o para delimitar el contenido de los mismos, sino que también como principios generales del Derecho comunitario; junto a ello, se les ha citado como fundamento de las normas comunitarias⁴⁷⁴.

Mediante el nuevo artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, modificado por el Tratado de Lisboa⁴⁷⁵, la Unión “reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”⁴⁷⁶. Los ajustes que se realizaron a su texto con ocasión de este *status* fueron menores, como en su momento sugirió Díez-Picazo Giménez.

Sin lugar a dudas, que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tenga el mismo valor jurídico que los Tratados, supone la apertura de positivas

⁴⁷¹ Sobre el proceso desde la propuesta de una formulación de derechos en los Tratados a lo que finalmente se alcanzó en Niza, Vid. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio.: Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 5, núm. 9, 2001), pp.7-26;

⁴⁷² En su momento Albrecht Weber destacó que “la aprobación de la Carta lleva consigo el dilema inmanente de ser directriz para la política de los derechos fundamentales e indicador de los valores fundamentales comunes y, al mismo tiempo, proporcionar una base normativa fiable y coherente para el supuesto de que posteriormente alcance eficacia vinculante” (WEBER, Albrecht: “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, enero/abril de 2002, p.81).

⁴⁷³ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Luis: “Glosas a la nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, núm. 5, 2001, p.22.

⁴⁷⁴ Vid. FREIXES SANJUÁN: “Derechos fundamentales en la Unión Europea...”, p.60 y DÍAZ CREGO, María: “Los derechos fundamentales en la Unión Europea: de la Carta a la Constitución”, en *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 25, Nº 74, 2005, pp.139-176.

⁴⁷⁵ Las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se encuentra disponible [en línea] en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:FULL:ES:PDF>, [citado en mayo de 2015]

⁴⁷⁶ El texto actualizado de la Carta de Niza se encuentra disponible [en línea] en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:ES:PDF>, [citado en mayo de 2015]

expectativas para el reconocimiento y protección de estos derechos, aunque también se expresan voces que nos advierten contra un optimismo que no tenga en cuenta el poder de los criterios de mercado⁴⁷⁷.

Con todo, hoy se configura un nuevo escenario en el ámbito de los derechos fundamentales en Europa, que supondrá nuevas articulaciones en los sistemas de protección y garantía. Cabe recordar que, junto con el nuevo *status* de la Carta, se ha decidido la incorporación de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, del Consejo de Europa.

2.3. Las normas internacionales ante los ordenamientos jurídicos internos

2.3.1. *Incorporación de normas internacionales sobre derechos fundamentales a los ordenamientos internos*

Es posible constatar en la actualidad la incorporación de normas internacionales sobre derechos humanos a los ordenamientos internos de los Estados, de manera tal que más allá de la posición que ocupen en él, vienen a complementar o a reforzar los derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales. Como señala Cançado Trindade, a esta altura de la historia “ya no se justifica que el derecho internacional y el derecho constitucional sigan siendo abordados en forma estática o compartamentalizada, como fueron en el pasado”, puesto que “ya no puede haber duda de que las grandes transformaciones internas de los Estados repercuten en el plano internacional, y la nueva realidad en este así formada provoca cambios en la evolución interna y en el ordenamiento constitucional de los Estado afectados”⁴⁷⁸. Este autor enfatiza que asistimos a “un nuevo constitucionalismo así como una apertura a la

⁴⁷⁷ Terradillos Ormaetxea, luego de criticar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a propósito de los casos Laval, Viking, Rüffert y Comisión vs Luxemburgo, por utilizar el principio de proporcionalidad para proteger las libertades económicas y en perjuicio de los derechos sociales, manifiesta su temor a que aún con la Carta en vigor esta tendencia se mantenga (*Vid.* TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne: “Los derechos sociales en el contexto supranacional especial referencia a la jurisprudencia reciente del TJUE y del TEDH”, en *Revista de derecho social*, núm. 50, 2010, pp.165 y ss.). Otros autores ya habían criticado que el Tribunal en estos pronunciamientos “cuestiona directamente la aplicabilidad de derechos laborales reconocidos en Estados miembros en caso de que éstos concurren con derechos económicos de empresas europeas” (GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel: “25 años de jurisprudencia laboral del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 23, 2010, Madrid, s/p).

⁴⁷⁸ CANÇADO TRINDADE: *El Derecho internacional de los Derechos Humanos*, pp.272-273.

internacionalización de la protección de los derechos humanos”⁴⁷⁹, de modo que “en el presente contexto, el derecho internacional y el derecho interno interactúan y se auxilian mutuamente en el proceso de expansión y fortalecimiento del derecho de protección del ser humano”⁴⁸⁰.

En este mismo sentido, señala Valdés Dal-Ré que, al margen de fórmulas “de atribución de eficacia horizontal a ciertos derechos constitucionalmente consagrados, en los últimos años está emergiendo con fuerza una segunda vía de penetración de este tipo de derechos en el tráfico jurídico privado a resultas de la creciente protección, en el orden internacional, de los derechos humanos”⁴⁸¹. En este sentido, destaca que “numerosas son las Constituciones que reenvían a los instrumentos internacionales de derechos humanos bien para conferirles la condición de fuentes autónomas del ordenamiento jurídico interno bien para asignarles la cualidad de fuente privilegiada de interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la propia Constitución”⁴⁸².

Tratándose de países que admiten la incorporación del derecho internacional en el ordenamiento interno, sin necesidad de una previa transformación en leyes internas⁴⁸³, debemos referirnos, aunque de manera breve, al tema de la aplicación directa de las normas internacionales. Cabe tener presente, dado el contenido de los instrumentos internacionales, que a pesar de su incorporación en tanto tales al derecho interno, no todas sus disposiciones serán de aplicación directa. Evidentemente, desde la perspectiva que nos ocupa, es decir, finalmente para que estos derechos consagrados en instrumentos internacionales puedan ser invocados entre particulares y, específicamente, entre trabajadores y empleadores, normalmente debe tratarse de normas directamente aplicables y, en principio, no satisfacen tal carácter, respecto de las relaciones entre particulares, aquellas que se dirigen exclusivamente al Estado y que imponen a éste la obligación de desarrollar políticas y de adoptar medidas en un determinado sentido, sin reconocer un derecho a las personas⁴⁸⁴.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p.273.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p.315.

⁴⁸¹ VALDÉS DAL-RÉ: “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales...”, p.511.

⁴⁸² *Ibidem*, pp.511-512.

⁴⁸³ Evidentemente en los ordenamientos en los cuales se requiere su transformación en leyes internas para ser exigibles, lo que se aplicará será el derecho interno que acoge el contenido del derecho internacional.

⁴⁸⁴ Más allá que respecto de estas últimas sea posible activar los mecanismos de control e incluso de justicia internacional contemplados en los diversos instrumentos.

Se considera que son autoaplicables (*self-executing*) o aplicables directamente las disposiciones de los instrumentos internacionales que cumplan las siguientes dos condiciones: “primero, que la norma conceda al individuo un derecho claramente definido y exigible ante un juez, y, segundo, que ella sea suficientemente específica para poder ser aplicada judicialmente en un caso concreto, operando *per se* sin necesidad de una acto legislativo o medidas administrativas subsecuentes”⁴⁸⁵.

Con todo, cabe hacer presente que en la interacción protectora de la persona del derecho internacional y el derecho interno, el primero no sólo ha de tener el rol, por cierto valioso, de norma directamente aplicable en los casos concretos, sino que, al mismo tiempo, puede ofrecer importantes elementos en la interpretación del contenido de los derechos. En ese sentido, cobran valor aquellas normas que, en principio, aparecen como no de aplicación directa, pero que permiten configurar adecuadamente el derecho de que se trate, como, asimismo, puede tener una gran importancia no sólo la norma propiamente tal, sino la interpretación que de ella han realizado los órganos de control o las instancias de jurisdicción internacional respecto de su aplicación.

Uno de los temas principales que debemos revisar es el del lugar que ocupan las normas de derecho internacional y, particularmente, las del derecho internacional de los derechos humanos que se incorporan a los ordenamientos internos. Esto ha de estar determinado por las normas constitucionales de cada uno de los Estados. Tal determinación resultará clave para, por una parte, la definición del papel que corresponderá a legisladores y la posición de las leyes internas frente a las normas internacionales y por la otra la clarificación de la tarea de los jueces en la aplicación de las mismas. A esto dedicaremos el próximo apartado, poniendo especial atención a lo que a este respecto disponen los ordenamientos constitucionales de Chile y de España.

2.3.2. Jerarquía o status de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico interno, en particular aquellas sobre derechos fundamentales

Cançado Trindade pone de manifiesto que “en los últimos años el impacto de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos se ha hecho sentir

⁴⁸⁵ CANÇADO TRINDADE: *El Derecho internacional de los Derechos Humanos*, p.307.

en diversas constituciones, tanto en Europa (occidental) como en América Latina”⁴⁸⁶. Sin embargo, destaca este autor, “en los Estados que efectivamente «incorporan» los tratados de derechos humanos en el ordenamiento interno persiste una cierta diversidad en cuanto al *status* o posición exacta de estos tratados en jerarquía legal interna, lo que era de esperar, por tratarse de soluciones de derecho interno”⁴⁸⁷.

El autor precedentemente citado identifica la “tendencia de algunas Constituciones latinoamericanas de dispensar un tratamiento diferenciado o especial a los tratados de derechos humanos o a los preceptos en ellos consagrados”⁴⁸⁸. Valdés Dal-Ré, por su parte, hace presente que “no son infrecuentes las Constituciones de la última generación que otorgan rango constitucional a ciertos tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado”⁴⁸⁹. Agrega Valdés Dal-Ré que, “en todos estos ordenamientos, la jerarquía constitucional de los tan mencionados tratados no sólo sirve para complementar la parte dogmática de la respectiva Constitución; también lleva aparejada la obligación de los poderes públicos de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos de la persona consagrados en las normas iusfundamentales internacionales, correspondiendo a los tribunales internos velar por ese respeto y garantía atendiendo no sólo a la jurisprudencia igualmente interna sino, adicionalmente, a los cánones hermenéuticos elaborados por los órganos encargados de interpretar esa normativa internacional”⁴⁹⁰. Con todo, hace presente que, “de ordinario, sin embargo, en los ordenamientos que optan por la tesis monista, los textos internacionales ratificados por el Estado carecen de jerarquía constitucional”⁴⁹¹.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p.273.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p.309.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p.274.

⁴⁸⁹ VALDÉS DAL-RÉ: “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales...”, p.512. Señala este autor que “pionera de esta solución fue la Constitución de Uruguay[artículo 72]”, destaca, asimismo, que “el artículo 75, inciso 22, de la Constitución argentina, reformada en 1994, tras estipular que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, confiere «jerarquía constitucional» a una serie de tratados que se mencionan expresamente, los cuales han de entenderse «complementarios de los derechos y garantías reconocidos» en el propio texto constitucional”, agrega que “en parecidos términos se expresa el artículo 5, párrafo segundo, de la Constitución chilena, el artículo 46 de la Constitución guatemalteca, el artículo 93 de la Constitución colombiana o, en fin y en relación no exhaustiva, el artículo 23 de la Constitución venezolana, el cual atribuye a estos tratados «jerarquía constitucional» en la medida «en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas por esta Constitución»” (*Ibidem*, p.512).

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p.512. Respecto de la utilización de los cánones hermenéuticos elaborados por los órganos encargados de interpretar la normativa internacional recuerda que “como dijera la Corte Suprema argentina en el asunto *Ekmekdjian, Miguel A. C. Sofovich, Gerardo y otros*, resuelto por sentencia de 7 de julio de 1992, la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos «debe guiarse, además, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos»” (*Ibidem*, p.512).

⁴⁹¹ *Ibidem*, pp.512-513.

Antes de revisar el tema de la jerarquía o el *status* de los instrumentos internacionales en los ordenamientos chileno y español consideremos brevemente el problema de la relación entre el tratado y la ley interna en la hipótesis de que los primeros no tienen un rango constitucional o supraconstitucional, pues entonces sería irrefutable su superioridad jerárquica. Es del todo claro que la solución del conflicto dependerá del modo en que el derecho interno defina la posición de los tratados en relación con las leyes y evidentemente, el conflicto sólo se plantea en aquellos Estados en los cuales estos se incorporan en el derecho interno como una fuente autónoma.

El primer problema a analizar es qué sucede con la ley que está vigente al momento de entrar en vigor un tratado internacional para un Estado, siendo las disposiciones de la primera incompatibles con las del segundo. La respuesta es relativamente sencilla: si el tratado tuviera en ese ordenamiento una jerarquía idéntica a la ley, el tratado derogaría tácitamente las disposiciones legales en virtud de la regla *lex posterior derogat priori* y, si el tratado tuviere una prevalencia sobre la ley, además lo haría por la regla jerárquica⁴⁹².

El segundo problema alude a la existencia de un tratado ya ratificado y una ley posterior, cuyas disposiciones son incompatibles con las de aquel. Si está claramente establecida la primacía del tratado, el conflicto se resuelve a favor de este y la norma legal no podría ser aplicada por contravenir una de mayor jerarquía y “si el Estado no quiere verse ligado por el tratado debe denunciarlo”⁴⁹³. De no estar establecida esta supremacía, Precht argumenta en el siguiente sentido: “El tratado es un acuerdo entre personas jurídicas de Derecho Internacional. Por lo tanto, su validez no puede estar afectada por un acto legislativo de un Estado. En efecto, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establece: «Una parte no puede invocar su derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado». Así, entonces no es necesario alegar la supralegalidad del tratado, sino que, manteniendo la validez de

⁴⁹² Vid. VÁLTICOS, Nicolas: *Derecho Internacional del Trabajo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1977, p.187-189, y PRECHT PIZARRO, Jorge Enrique: “Incorporación de las normas internacionales al ordenamiento chileno” en *Derecho Laboral. Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, Tomo XLIII, núm. 197 (enero-marzo 2000), Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p.120-121.

⁴⁹³ PRECHT PIZARRO: “Incorporación de las normas internacionales...”, p.121.

ambas normas en su propia esfera, la ley posterior es inaplicable en caso que entre en colisión con un tratado vigente”⁴⁹⁴.

2.3.2.1. *El problema de la jerarquía en ordenamiento jurídico chileno*

La Constitución chilena, desde la Reforma Constitucional de 1989, señala en el inciso segundo de su artículo 5° que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” y que “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”. Esta reforma ha dado lugar a un amplio debate doctrinario y a pronunciamientos de los tribunales respecto de la posición que ocuparían estos tratados en Chile.

A partir de la afirmación ampliamente compartida de que la Constitución es la “norma jurídica fundamental y fundante del ordenamiento jurídico”, sostiene Henríquez Viñas, que ella “es quien debe decidir la jerarquía que los tratados internacionales, en general y de derechos humanos en particular, tendrán en el ordenamiento interno, pudiendo decidir que tengan jerarquía legal o supralegal, incluso la Constitución podría disponer, resignar o compartir su primer escalón jerárquico con aquéllos”⁴⁹⁵. El problema es que, como Henríquez Viñas señala, “la Constitución Política de la República de Chile no ha establecido expresamente esta cuestión”⁴⁹⁶.

A este respecto Medina Quiroga sostendrá que la citada reforma constitucional “modificó la jerarquía normativa de los tratados referentes a derechos humanos, elevándolos a rango constitucional y modificó, por ende, la manera en que la Constitución se enriquecería con nuevos modos de protección o nuevos reconocimientos

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p.121. Este autor califica esta segunda respuesta como “la solución dualista”.

⁴⁹⁵ HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena: “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos” en *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2, 2008, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, p.76.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p.76. Destaca esta autora que “la Constitución Política de la República de Chile contiene varias disposiciones relativas a los tratados, entre las que cabe consignar los artículos 5° inciso 2°, 32 N° 15, 54 N° 1, 93 Nos 1 y 3; sin embargo ninguna de aquellas explicita la jerarquía de los tratados” (*Ibidem*, p.77).

formales de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”⁴⁹⁷. En la misma línea se pronuncia Cea Egaña, quien sostiene que las reformas fueron concebidas y redactadas con la intención que “tuvieran jerarquía formal y sustantiva material de Constitución”⁴⁹⁸.

Precht sostiene que en términos generales los tratados prevalecen sobre la ley, aunque no exista estrictamente una supralegalidad, pero que en el caso de los tratados de derechos humanos sí existe esa supralegalidad⁴⁹⁹. El citado autor afirma que, “si bien es cierto que la jerarquía normativa de los tratados *in genere* no los coloca por sobre la ley interna, la propia Constitución lo hace respecto de los tratados de derechos humanos, como un corolario imprescindible del artículo 5° inciso segundo”⁵⁰⁰. Luego, se suma a la corriente que sostiene que los tratados que versan sobre derechos esenciales han adquirido rango constitucional, afirmando que “el capítulo III de la Constitución se ha visto enriquecido por los tratados de derechos humanos que han sido incorporados a la parte dogmática de la Constitución”⁵⁰¹.

Para Nogueira Alcalá, “la segunda oración del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, incorporado por la reforma constitucional de 1989, tuvo por objeto otorgar seguridad jurídica de que los derechos esenciales garantizados por nuestra Carta Fundamental, no eran sólo los que el propio texto formal de la Constitución señalaba en el artículo 19°, sino que se incorporaban al bloque constitucional también los derechos y garantías asegurados por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, reforzando a través de ellos los contenidos y las garantías de los derechos”⁵⁰². De este modo, para Nogueira Alcalá, la Constitución “eleva los derechos asegurados por tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes a la categoría de constitución

⁴⁹⁷ MEDINA QUIROGA, Cecilia: *Constitución, tratados y derechos esenciales*, Corporación de Reparación y Reconciliación, Santiago, Chile, 1994, p.49.

⁴⁹⁸ CEA EGAÑA, José Luis: “Los tratados de derechos humanos y la Constitución Política de la República” en *Ius et Praxis*, Año 2, Número 2, Universidad de Talca, Talca, Chile, p.83. Agrega CEA EGAÑA (quien participó de la elaboración de la Reforma Constitucional) que esto puede ser corroborado, “por ejemplo con el art. 2° y el art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica, o el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, etc.; disposiciones que el Constituyente tuvo a la vista exactamente al momento de incorporar esta disposición a nuestro Código Político en 1989” (*Ibidem*, p 83).

⁴⁹⁹ Vid. PRECHT PIZARRO: “Incorporación de las normas internacionales...”, p.124

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p.124.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p.124.

⁵⁰² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia” en *Ius et Praxis*, Año 9, núm.1, 2003 Universidad de Talca, Talca, Chile, p.417.

material, al señalar que son «límites a la soberanía», vale decir, a la potestad del Estado, ellos forman parte del plexo de derechos materialmente constitucionales, independientemente de la posición que se tenga sobre el rango de los tratados internacionales en el orden jurídico interno”⁵⁰³.

Zúñiga Urbina discrepa de quienes sostienen el rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos, afirmando categóricamente que “ningún conjunto de «alardes hermenéuticos» o «simple proceso semántico» puede extraer del artículo 5° inciso segundo párrafo segundo una regla que permita un orden competencial distinto al fijado en la Constitución o una jerarquía supraconstitucional de tratados de derechos humanos o simplemente un «bloque constitucional de derechos», conducente a quebrar la supremacía de la Carta, su valor y eficacia normativa, su rigidez, procedimiento de reforma constitucional y control de constitucionalidad”⁵⁰⁴. Agrega este autor que “tampoco podemos extraer de la anotada regla de incorporación un supuesto de «autorruptura» constitucional, que pudiere importar la remisión en la producción del derecho a una instancia ajena que «no entiende» de Constitución, que «pasa» de Constitución, y que se tradujere en la producción de normas (convencionales) de derechos humanos, directamente aplicables a todo el territorio y a toda la población”⁵⁰⁵.

Aldunate plantea que es innecesario alterar el rango normativo de los tratados internacionales sobre derechos humanos en perspectiva del deber constitucional de respeto y promoción de los derechos contemplados en ellos, establecido en el artículo 5° inciso segundo de la Constitución⁵⁰⁶. Respecto del rol de los tribunales sostiene que los tratados “obligan a cada uno de los órganos del Estado dentro del ámbito de competencias concernidas para su cumplimiento, y en este sentido el compromiso internacional de un Estado de respetar y promover ciertos derechos impone al juez el deber de actualizar ese respeto y promoción en el ámbito de su actividad jurisdiccional”⁵⁰⁷. Agrega que, “en cuanto al legislador, sin necesidad de discutir un eventual cambio de jerarquía normativa de los tratados, si a través de una ley se atenta

⁵⁰³ *Ibidem*, p.418.

⁵⁰⁴ ZÚÑIGA URBINA, Francisco: “Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno: apostillas sobre Tratados y Constitución”, en *Revista de Derecho Político*, UNED, N° 71-72, Madrid, 2008, p.810.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, p.810

⁵⁰⁶ *Vid.* ALDUNATE: *Derechos fundamentales*, p.342.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p.342.

contra un derecho esencial de aquellos garantizados en un tratado, y no en nuestra Constitución, siempre podrá ser atacada de inconstitucional, no por lesionar un «tratado con rango constitucional» (tesis que se rechaza aquí), sino por transgredir el deber constitucional de respeto y promoción contenido en el artículo 5° i.II»⁵⁰⁸.

Para Zúñiga, “el tratado internacional a pesar de no tener jerarquía en el derecho interno, goza de una posición de eficacia o aplicabilidad preferente por los órganos del Estado”⁵⁰⁹. Para este autor, “los tratados internacionales son una fuente de Derecho Internacional, orden del cual arranca su validez, y una vez incorporados al Derecho interno, su eficacia normativa es prevalente, en la medida que su aplicabilidad preferente guarda congruencia con los principios-reglas de *pacta sunt servanda* y *bona fide*, y la resistencia pasiva de los tratados frente a fuentes nacionales, ya que está sustraída a la normación interna unilateral conducente a la modificación, suspensión, abrogación o anulación”⁵¹⁰.

En una interesante revisión histórica de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia chilenos (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema), Henríquez Viñas reconoce distintas etapas, tanto anteriores como posteriores a la Reforma Constitucional de 1989, e identifica los criterios que aquellos han tenido respecto de la jerarquía o lugar que ocupan los tratados de derechos humanos, siendo posible apreciar una cierta evolución -aunque con notables vacilaciones y retrocesos- desde una concepción que otorga igual jerarquía a los tratados y a las leyes, a una que reconoce la preeminencia de los primeros sobre las segundas, tendencia que sería más marcada en la última etapa, en la que incluso en casos puntuales se ha reconocido rango constitucional a los tratados de derechos humanos⁵¹¹.

El Tribunal Constitucional chileno, en una sentencia del año 2002, luego de una amplia fundamentación jurídica, señala que, “si aplicamos el criterio de interpretación de unidad y coherencia del texto constitucional, es evidente que el artículo 5°, inciso segundo, de la Ley Fundamental, no puede analizarse aisladamente y debe armonizarse

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p.343.

⁵⁰⁹ ZÚÑIGA URBINA, Francisco: “Derechos Humanos en la Jurisprudencia...”, p.814.

⁵¹⁰ *Ibidem*, p.824. Destaca ZÚÑIGA que “su «derogación» o modificación o suspensión (denuncia) sólo puede producirse en la forma prevista por el propio tratado o el Derecho Internacional”(Ibidem, p.814).

⁵¹¹ *Vid.* HENRÍQUEZ VIÑAS: “Jerarquía de los tratados de derechos humanos...”, p.77-115.

con las siguientes disposiciones constitucionales, lo que nos lleva a hacer primar las normas fundamentales sobre las de los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes y ratificados por Chile”⁵¹². Zúñiga destaca que el actual Tribunal Constitucional⁵¹³ no ha tenido un pronunciamiento al respecto y que en la sentencia rol núm. 786 de 2007 “elude un pronunciamiento sobre el *locus* o posición de los tratados de derechos humanos o de sus normas[...] o de su eficacia normativa como resultado de la regla de reenvío del artículo 5.o inciso segundo de la Constitución”⁵¹⁴. Con todo, los tratados de derechos humanos son, para Zúñiga, “parte del desarrollo infraconstitucional, junto a la legislación, de los derechos fundamentales, y un refuerzo garantístico”⁵¹⁵. En tanto infraconstitucional, “los tratados internacionales quedan sometidos a control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional preventivo y obligatorio, y preventivo y facultativo del n.o 1 y n.o 3 del artículo 93 de la Constitución”⁵¹⁶.

Respecto del control concreto de constitucionalidad, destaca Zúñiga que el Tribunal Constitucional “fija una doctrina jurisprudencial acerca del artículo 5° inciso segundo de la Constitución como garantía institucional genérica de derechos fundamentales y derechos humanos y desecha la posibilidad de ampliar el parámetro de constitucionalidad con normas infraconstitucionales invocadas por la requirente como derecho material”⁵¹⁷. El mencionado fallo señala que “las normas de fuentes del ordenamiento infraconstitucionales no constituyen derecho material que sirva de parámetro para construir el juicio de constitucionalidad en un proceso, sin perjuicio de la importancia que tienen tales fuentes como niveles de protección de derechos de las personas en el ordenamiento jurídico y de que reflejen el grado de desarrollo que

⁵¹² STCCh rol núm. 346-2002, de 8 de abril de 2002, requerimiento respecto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998. ZÚÑIGA llama la atención que “el Tribunal consigna en este fallo un verdadero *obiter dicta*, en un apartado titulado «VI. La jerarquía de los tratados.», en el cual define el locus de los tratados de derechos humanos en el Derecho interno”, siendo esta cuestión ajena al asunto que se encontraba sometida a su decisión (ZÚÑIGA URBINA, Francisco: “Derechos Humanos en la Jurisprudencia...”, p.796).

⁵¹³ Con una nueva organización y atribuciones a partir de la Reforma Constitucional de 2005.

⁵¹⁴ ZÚÑIGA URBINA: “Derechos Humanos en la Jurisprudencia...”, p.804.

⁵¹⁵ *Ibidem*, p.825.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p.825. Agrega ZÚÑIGA que “tal control de constitucionalidad podrá extenderse a vicios de inconstitucionalidad material y formal, y no competencial, a menos que la aprobación por el Congreso Nacional no cumpla con el quórum preceptivo, caso en el cual entronca con la inconstitucionalidad formal” (*Ibidem*, p.825).

⁵¹⁷ *Ibidem*, p.817.

adquieren los valores, principios y bienes jurídicos iusfundamentales»⁵¹⁸. Este fallo creemos que contradice la tesis de Aldunate, antes citada, en orden a que una ley podrá ser atacada de inconstitucional por transgredir el deber constitucional de respeto y promoción contenido en el artículo 5° inciso segundo⁵¹⁹.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente sobre el control de constitucionalidad y enfatizando al menos la preeminencia de los tratados sobre las leyes, debemos destacar con Henríquez Viñas, “el control de convencionalidad que impone la Corte Interamericana a los tribunales de justicia chilenos en el caso Almonacid Arellano”⁵²⁰. En este caso la citada Corte señaló que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico”⁵²¹, pero afirma que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”⁵²². Es decir, como indica la propia Corte Interamericana, “el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁵²³. El fallo va más allá y

⁵¹⁸ STCCh rol núm.561-2006, de 12 de enero de 2007: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la diputada María Amelia Herrera Silva, respecto del inciso segundo del artículo 416 del Código Procesal Penal.

⁵¹⁹ En el ámbito laboral, GAMONAL afirma respecto de los derechos fundamentales consagrados en instrumentos internacionales que estos constituyen un límite para las facultades empresariales ya que “muchos de ellos también se encuentran contemplados en el artículo 19 [de la Constitución]” y “los que no, tienen operatividad propia en virtud del artículo 5° de la Constitución, en orden al deber del juez laboral de respetar y promover estos derechos en el ámbito de las relaciones de trabajo, especialmente como límites a las potestades del empleador”. Luego, sostiene la tesis de que “si una norma del Código u otra ley laboral contradice estos derechos, el juez deberá remitirla al Tribunal Constitucional” (GAMONAL CONTRERAS, Sergio: *El procedimiento de tutela de los derechos laborales*, Segunda Edición, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008, p.15). En una línea similar se pronuncia UGARTE CATALDO, quien señala que las normas laborales deben interpretarse conforme a la Constitución y entiende por tal “al denominado bloque constitucional, esto es, tanto a las normas que conforman materialmente el texto constitucional como a las contenidas en tratados internacionales suscritos y vigentes en Chile sobre derechos fundamentales” (UGARTE CATALDO, José Luis: *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, Segunda Edición, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009, p.60).

⁵²⁰ HENRÍQUEZ VIÑAS: “Jerarquía de los tratados de derechos humanos...”, p.100.

⁵²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, disponible [en línea] http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc, [citada en mayo de 2015].

⁵²² *Ibidem*.

⁵²³ *Ibidem*.

sostiene que, “en esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”⁵²⁴.

2.3.2.2. *Los instrumentos sobre derechos humanos en España*

El artículo 96 de la Constitución española de 1978 dispone que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno” y que “sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. De esta disposición se desprende, según Díez-Picazo Giménez, que “los tratados internacionales gozan de una fuerza pasiva, entendida como una resistencia a la derogación, superior a la de las leyes”⁵²⁵. Agrega este autor que “cabe ciertamente entender que esta intangibilidad de los tratados internacionales por parte del legislador no entraña, en puridad, la inconstitucionalidad de la ley contraria al tratado; pero es indiscutible que, en todo caso, ha de plasmarse en la inaplicación de la ley (anterior o posterior) incompatible con el tratado y la aplicación preferente de este”⁵²⁶.

Por otra parte, el artículo 10.2 de la Constitución dispone que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Podemos formularnos con Díez-Picazo Giménez dos interrogantes: ¿cuál es el significado de la expresión “se interpretarán de conformidad con”? y ¿cómo se entiende la relación entre los artículos 10.2 y 96 de la Constitución?

Pérez Luño destaca que el artículo 10.2 de la Constitución, en la tarea de delimitar el contenido esencial de los derechos fundamentales, “tiene el mérito de ofrecer al intérprete parámetros adicionales (la Declaración de la ONU y los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos) para precisar un concepto de difícil

⁵²⁴ *Ibidem*. En línea con la antes citada sentencia de la Corte Suprema argentina en el asunto *Ekmekdjian, Miguel A. C. Sofovich, Gerardo y otros*.

⁵²⁵ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *Sistema de derechos fundamentales*, p.153.

⁵²⁶ *Ibidem*, p.153.

determinación, haciendo una categoría constructiva de lo que, de otro modo, corre el riesgo de quedar en un mero postulado programático o declarativo”⁵²⁷. Como sostienen otros autores, el artículo 10.2, “al establecer una conexiones entre los derechos y libertades que la Norma fundamental contiene y los reconocidos en aquellos instrumentos internacionales, configura un mandato para el intérprete, ya que este deberá contrastar la norma interna con dichos instrumentos a los fines de determinar el contenido y alcance de los primeros”⁵²⁸. Lo anterior, supone “una garantía respecto a los derechos reconocidos en la C.E., pues dicha conexión impedirá que la interpretación de los preceptos constitucionales pueda restringir los derechos fundamentales si estos poseen un contenido y alcance más amplio en las normas internacionales”⁵²⁹, de modo que “se ha declarado que los poderes públicos infringirán el precepto constitucional en que se reconoce un derecho si limitan o reducen el contenido del mismo que se deriva de los textos internacionales (S.T.C. 36/1991)”⁵³⁰.

Barrero Ortega destaca que el artículo 10.2 “impone al intérprete de los derechos la obligación de contrastar las previsiones constitucionales internas con la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero también, acercando más al sistema constitucional español el Derecho Constitucional europeo, con el Convenio de Roma y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”⁵³¹. Agrega que este es “un precepto polémico en sus orígenes -luego no-, complejo, difícil, y llamado a abrir

⁵²⁷ PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p.312.

⁵²⁸ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ Luis I. y SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés: *Curso de Derecho Internacional Público*, Thomson Civitas, Cuarta edición revisada, Navarra, 2008, p.874.

⁵²⁹ *Ibidem*, p.875.

⁵³⁰ *Ibidem*, p.875.

⁵³¹ BARRERO ORTEGA, Abraham: “La transformación de la Constitución española a la luz del derecho constitucional europeo”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 10, julio-diciembre de 2008, Universidad de Granada, p.373. En ese sentido, GONZÁLEZ CAMPOS, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y SÁENZ DE SANTA MARÍA sostienen que “es de destacar que, en atención a lo dispuesto en el artículo 10.2 C.E., numerosas decisiones, tanto de los órganos jurisdiccionales españoles como del Tribunal Constitucional, se han referido a la normativa internacional sobre derechos humanos como criterio de interpretación de los derechos y libertades públicas enunciado en la C.E., así como, muy frecuentemente, a las sentencias del T.E.D.H. dictadas en aplicación del Convenio de Roma de 1950 (entre otros ejemplos, en las SSTC 12/1981, 62/1982, 303/1993, 64/1994 y 18/1995, respecto a las garantías del proceso y el derecho a defensa del artículo 24.2 C.E.; sobre libertad de expresión, en las SSTC 62/1982, 153/1985 y 223/1992; en la STC 292/2000, sobre el derecho a la protección de datos personales, con referencia a la Carta de Derechos fundamentales de la U.E.)” y agregan que “también [se han referido] a decisiones del T.J.C.E. (en materia de igualdad de salario de la mujer, SSTC 58/1994 y 136/1996) y a las de otros órganos internacionales de control de los derechos humanos (por ejemplo, a las resoluciones del Comité de libertad sindical de la O.I.T., en las SSTC 37/1983 y 39/1986)” (GONZÁLEZ CAMPOS, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y SÁENZ DE SANTA MARÍA: *Curso de Derecho Internacional Público*, p.875).

muchas posibilidades, entre ellas ésta de la ampliación de contenidos”⁵³² y, en ese sentido aporta algunos ejemplos de cómo ha contribuido a tal ampliación⁵³³. En sentido contrario, sostiene que “la Constitución no soporta que a través de los instrumentos internacionales se introduzcan restricciones en el campo de los derechos fundamentales garantizados”. Si bien reconoce que en materia de los derechos fundamentales puede haber un efecto ambivalente, “ya que lo que para algunos sea incremento o ampliación suponga restricción o reducción para otros”, afirma que “las cláusulas de los convenios internacionales que establecen posibles límites o restricciones al ejercicio de los derechos han de quedar excluidas de la interpretación que el artículo 10.2 CE exige si nuestra Constitución, respecto al ejercicio de un determinado derecho o libertad, no las incluye por establecer mayores garantías”⁵³⁴.

Rivero Lamas sostiene que “no es fácil que se puedan derivar límites a los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional por la aplicación de las declaraciones y tratados internacionales”, fundamentando su afirmación en que “las cláusulas de salvaguardia que suelen incluirse en unas y otras frecuentemente [...] excluyen expresamente que se puedan seguir limitaciones o perjuicios de los derechos humanos reconocidos conforme a las leyes o por cualquier otro convenio en el que el Estado sea parte”, concluyendo que “no caben las interpretaciones restrictivas y que se impone el principio *favor libertatis*”⁵³⁵.

Por su parte, Díez-Picazo Giménez hace notar que, si bien “la jurisprudencia constitucional española señala que los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales ratificados por España son un instrumento obligatorio y privilegiado para la interpretación de los derechos fundamentales consagrados por la

⁵³² BARRERO ORTEGA: “La transformación de la Constitución española...”, p.373.

⁵³³ Entre estos ejemplos menciona BARRERO ORTEGA que no estaba claro “al redactarse el artículo 18 CE que la protección de la inviolabilidad del domicilio y de la intimidad llegaría a ser un argumento decisivo a la hora de proteger al individuo frente a la contaminación acústica o el ruido” y “hoy es algo pacíficamente admitido sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al artículo 8 CEDH” (*Ibidem*, p.374).

⁵³⁴ *Ibidem*, p.375.

⁵³⁵ RIVERO LAMAS, Jesús: “Jurisprudencia constitucional y garantía de los derechos fundamentales” en CASAS BAAMONDE, María Emilia, DURÁN LÓPEZ, Federico Y CRUZ VILLALÓN, Jesús (Coord.): *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006, p.1048.

Constitución”⁵³⁶, estos “no gozan por sí solos del régimen jurídico propio de los derechos fundamentales en el ordenamiento, tal como se haya recogido en el art. 53 CE” y “la vulneración de un derecho reconocido sólo mediante tratado internacional, sin equivalente en la Constitución española, no determina la inconstitucionalidad de las leyes, ni puede ser objeto de recurso de amparo”⁵³⁷.

Díez-Picazo Giménez critica desde el punto de vista sustantivo la construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional, considerando que “existe comunicación entre los niveles nacional e internacional de protección de los derechos -se trata de básicamente de unos mismos valores- y, por ello, es razonable concebir los tratados internacionales sobre derechos humanos como normas que, de alguna manera, desarrollan materialmente el Título I de la Constitución”⁵³⁸. Agrega que “por más que la actual jurisprudencia constitucional sobre el artículo 10.2 CE esté predominantemente orientada por consideraciones relativas al sistema de fuentes y en concreto por la innegable superioridad jerárquica de la Constitución sobre los tratados internacionales, ello no autoriza a concluir que, en materia de derechos fundamentales, la relación que mantiene con los tratados sea equiparable a la que mantiene con la ley”⁵³⁹.

Sobre la pregunta por la relación entre los artículos 10.2 y 96 de la Constitución, Díez-Picazo Giménez plantea dos posibles respuestas. La primera de ellas en la lógica del artículo 96, es decir, “la ley contraria a un tratado internacional sobre derechos humanos deberá ser inaplicada, aun cuando se trate de un derecho que no encuentra propiamente un equivalente en la Constitución española”⁵⁴⁰. La segunda respuesta sería que “los tratados internacionales sobre derechos humanos sólo poseen en el ordenamiento español un valor interpretativo, no un valor normativo en sentido estricto; y, por ello, si el derecho convencional carece de equivalente constitucional, no puede determinar la inaplicación de la ley”, de modo que “el artículo 10.2 CE, más allá de las apariencias, no sería tanto una verdadera cláusula de apertura al derecho internacional

⁵³⁶ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *Sistema de derechos fundamentales*, p.152. Lo que significa que “cuando cualquier tribunal en cualquier proceso se enfrenta a la aplicación de un derecho fundamental que, como ocurre a menudo, tiene su equivalente en un tratado internacional sobre derechos humanos, está obligado a adoptar la interpretación del derecho fundamental que sea más acorde con el tratado internacional” (*Ibidem*, p.152).

⁵³⁷ *Ibidem*, p.152.

⁵³⁸ *Ibidem*, p.153-154.

⁵³⁹ *Ibidem*, p.154.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p.153.

de los derechos humanos como una *lex specialis* respecto del art. 96 CE, que restringiría el alcance de este último precepto constitucional”⁵⁴¹. Reconoce que esta última interpretación no la defiende nadie, pero que la construcción jurisprudencial constitucional podría conducir a resultados como este⁵⁴². No compartimos tal preocupación y explicaremos nuestras razones.

Es posible sostener que el artículo 96 de la Constitución, cuando se refiere a los tratados internacionales, lo hace respecto de todos ellos, incluidos los relativos a los derechos humanos. Por tanto, estos también forman parte del ordenamiento interno, son intangibles para el legislador, pues no los puede derogar, suspender o modificar. Nada hay en el texto constitucional que pudiera llevar a sostener que los tratados de derechos humanos tienen menor fuerza que el resto de los tratados. Para ser más preciso, el artículo 10.2 lo que establece es un criterio hermenéutico respecto de los derechos fundamentales de la Constitución, nada más ni nada menos. Nada más, porque el artículo 10.2 no da rango constitucional a las normas internacionales de derechos humanos ni determina la jerarquía de éstas en el ordenamiento español. Nada menos, porque, sin perjuicio de que mediante el artículo 96 se les ha incorporado en el ordenamiento interno en una posición de eficacia o aplicabilidad preferente respecto de la ley, el artículo 10.2 los reconoce como criterio de interpretación de las normas constitucionales sobre los derechos fundamentales; es decir, que permiten determinar su sentido y alcance. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español, son “los textos y acuerdos internacionales del artículo 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos”⁵⁴³. Es decir, los instrumentos internacionales de derechos humanos son normas prevalentes frente a la ley y además parámetros interpretativos de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades en la Constitución.

Con todo, el mismo Tribunal Constitucional ha señalado que “la interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no los convierte en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los

⁵⁴¹ *Ibidem*, p.153.

⁵⁴² *Vid. Ibidem*, p.153.

⁵⁴³ STCE 64/1991, de 22 de marzo, recursos de amparo acumulados núm. 853/88 (Asociación Profesional de Empresarios de Pesca Comunitarios), núm. 1776/88 (Lagun Talde, Sociedad Anónima), y núm. 669/89 (Lagun Talde, Sociedad Anónima y otros).

derechos fundamentales, es decir, no los convierte en canon autónomo de constitucionalidad”⁵⁴⁴. Es claro que, en la lógica de que los derechos consagrados en los instrumentos internacionales no se agregan al catálogo de derechos de rango constitucional, no podría sostenerse estrictamente que ellos puedan constituirse autónomamente en canon de constitucionalidad. Sin embargo, respecto de los derechos que efectivamente se han consagrado en la Constitución, las normas internacionales de derechos humanos en cuanto den cuenta de su contenido y extensión y permitan una adecuada comprensión de los derechos fundamentales constitucionales podrían, a nuestro juicio, ser determinantes a la hora de fijar la constitucionalidad de una norma. Dicho en otras palabras, si analizamos la constitucionalidad de una norma en relación con determinado derecho reconocido en la Constitución y entendemos tal derecho a la luz de una norma internacional, es difícil sostener que esta última no constituya un canon de constitucionalidad.

Por otra parte, aunque descartemos que las normas internacionales de derechos humanos se integren en un bloque de constitucionalidad, en virtud del artículo 96, tienen una posición de eficacia o aplicabilidad preferente respecto de la ley y, como predica Díez-Picazo Giménez respecto de los tratados, ello finalmente “ha de plasmarse en la inaplicación de la ley (anterior o posterior) incompatible con el tratado y la aplicación preferente de este”⁵⁴⁵. Es decir, resultaría aquí plenamente adecuado recurrir al criterio que citáramos de la Corte Interamericana del «control de convencionalidad». Es decir, los jueces, a la hora de resolver, deberán descartar la aplicación de una ley que se oponga a lo dispuesto en un tratado sobre derechos humanos, no en razón del rango constitucional de estos últimos -descartado por el Tribunal Constitucional-, sino en su carácter de normas supraordenadas en virtud de lo dispuesto en el propio ordenamiento constitucional.

2.3.3. Los derechos fundamentales en el Derecho comunitario y el Derecho interno

En el marco de la Unión Europea es posible afirmar el principio de la primacía

⁵⁴⁴ STCE 41/2002, de 25 de febrero, recurso de amparo 1203/97, promovido por doña Ana Hernández Belmonte frente a las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y de un Juzgado de lo Social de Almería que declararon improcedente su despido de la compañía Fels Werker, S.A.

⁵⁴⁵ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *Sistema de derechos fundamentales*, p.153.

del derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados, en tanto estos han limitado su soberanía en favor del ordenamiento jurídico comunitario, el que crea derechos y obligaciones para los particulares. Estrechamente vinculado a ese principio se encuentra el del efecto directo del Derecho Comunitario, el cual supone que los particulares puedan invocar directamente sus normas tanto ante la jurisdicción interna como la europea. En el establecimiento de estos principios ha sido clave la labor del Tribunal de Justicia, destacándose las sentencias de los casos Van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa, asunto 26/62, de 5 de febrero de 1963⁵⁴⁶, Flaminio Costa contra ENEL, asunto 6/64, de 15 de julio de 1964⁵⁴⁷, Amministrazione delle Finanze dello Stato contra SpA Simmenthal, asunto 106/77, de 9 de marzo de 1978⁵⁴⁸, Amministrazione delle finanze dello Stato contra Ariete SpA, asunto 811/79, de 10 de julio de 1980⁵⁴⁹ y The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros, asunto C-213/89, de 19 de junio de 1990⁵⁵⁰.

En materia de eficacia directa es pertinente hacer algunas distinciones. Tratándose de Derecho originario, ya en la citada sentencia Van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa, se estableció este principio, en el entendido de que se trate de una obligación clara e incondicional, que no requiera para su efectividad de un acto positivo de Derecho interno. De igual modo, los reglamentos son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro y, “por

⁵⁴⁶ La sentencia considera que “la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales”.

⁵⁴⁷ En esta sentencia expresa claramente que “la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad”.

⁵⁴⁸ Considera el TJ que “el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”.

⁵⁴⁹ Reitera el Tribunal que “las normas del Derecho comunitario deben desplegar completamente sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, desde su entrada en vigor y durante la duración de su validez”.

⁵⁵⁰ Señala la sentencia que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales “proporcionar la protección jurídica que se deriva para los justiciables del efecto directo de las disposiciones del Derecho comunitario”. El Tribunal de Justicia considera “que sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica, legislativa, administrativa o judicial, que redujese la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de negar al Juez competente para aplicar ese Derecho la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo, incluso temporal, a la plena eficacia de las normas comunitarias.

consiguiente, por su propia naturaleza pueden tener efecto directo”, como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, STJUE) en el asunto Yvonne van Duyn contra Home Office, asunto 41/74, de 4 de diciembre de 1974. Este efecto directo es también horizontal, de modo que sus disposiciones son exigibles en la relaciones entre particulares⁵⁵¹.

Respecto de las directivas, la situación es diferente y más compleja. Las directivas obligarán al Estado miembro destinatario, en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (art. 288 TFUE).

Entonces, tratándose de las directivas, será necesaria su transposición al ordenamiento interno y, en caso de que así se haga, la exigibilidad para los particulares será a través de las medidas de aplicación adoptadas por el Estado miembro; es decir serán las normas internas las que reconozca los derechos y obligaciones. Una directiva respecto de la cual se ha efectuado correctamente su transposición gozará, del modo señalado, de eficacia tanto en la relación de los individuos con el respectivo Estado, como entre los privados.

Donde se suscitarán más problemas en el ámbito de esta fuente es en aquellas hipótesis en las cuales se las pretende hacer aplicables en contra de normas internas de un Estado miembro que no ha adoptado oportunamente las medidas internas de transposición de las directivas o que, habiéndolo hecho, no lo ha realizado de manera correcta o tales medidas no permiten alcanzar el resultado que la directiva persigue. En estos casos, el Tribunal de Justicia ha sido de la opinión que, bajo ciertos supuestos, ellas pueden ser invocadas respecto del Estado miembro e incluso, cuando ello no es posible, ha establecido la responsabilidad del Estado. Al respecto cabe tener presentes, entre otras, las siguientes sentencias del TJUE: Yvonne van Duyn contra Home Office, asunto 41/74, de 4 de diciembre de 1974⁵⁵²; Procedimiento penal entablado contra

⁵⁵¹ Vid. BRONSTEIN, Arturo: *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo. Desafíos actuales*, Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2010, p.239.

⁵⁵² Sostiene el TJ que sería incompatible con el efecto obligatorio que el Tratado otorga a la Directiva “excluir, en principio, la posibilidad de que los afectados puedan alegar dicha obligatoriedad” y que “en particular, cuando las autoridades comunitarias han impuesto a los Estados miembros, por medio de una Directiva, la obligación de adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de dicho acto quedaría

Tullio Ratti, asunto 148/78, de 5 de abril de 1979⁵⁵³; Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica, asunto 102/79, de 6 de mayo de 1980⁵⁵⁴; Ursula Becker contra Finanzamt Münster-Innenstadt, asunto 8/81, de 19 de enero de 1982⁵⁵⁵; Marks & Spencer plc contra Commissioners of Customs & Excise, asunto C-62/00, de 11 de julio de 2002⁵⁵⁶. Entre las más recientes sentencias que confirman esta jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, se pueden mencionar, entre otras: Bernhard Pfeiffer y otros, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, de 5 de octubre de 2004; Vodafone España y France Telecom España con varios ayuntamientos, asuntos acumulados C-55/11, C-57/11 y C-58/11, de 12 de julio de 2012; y Orfey Bulgaria, asunto C-549/11, de 19 de diciembre de 2012.

Resulta de una mayor complejidad la invocación entre particulares de directivas respecto de las cuales no se han adoptado oportunamente las medidas internas de transposición o que, habiéndolo hecho, no se ha realizado de manera correcta o cuando tales medidas no permiten alcanzar el resultado perseguido por las directivas. Aquí ha existido una opinión persistente del Tribunal de Justicia que niega efecto directo horizontal de ellas. Sin embargo, como lo señala Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, se “ha tratado también de paliar las consecuencias de la falta de eficacia directa horizontal

debilitada si se impidiera que los justiciables la invocasen ante los órganos jurisdiccionales nacionales y que éstos la tuvieran en cuenta como elemento del Derecho comunitario”.

⁵⁵³ Afirma el TJ que “un órgano jurisdiccional nacional al que recurra un justiciable, que se ha atenido a las disposiciones de una Directiva, solicitando que no se aplique una disposición nacional incompatible con la Directiva a la que no se ha adaptado el ordenamiento jurídico interno del Estado que la incumple, debe estimar dicha petición siempre que la obligación de que se trate sea incondicional y suficientemente precisa”.

⁵⁵⁴ La sentencia precisa que “[s]ólo en circunstancias concretas, en particular en el caso de que un Estado miembro haya dejado de adoptar las disposiciones de ejecución requeridas o adoptado disposiciones no conformes con una Directiva, ha reconocido este Tribunal de Justicia a los justiciables el derecho de invocar en un proceso una Directiva frente al Estado miembro que la hubiere incumplido”.

⁵⁵⁵ Señala el TJ que “en todos los casos en que las disposiciones de una Directiva parecen ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones, si no se han adoptado dentro del plazo prescrito medidas de aplicación, pueden ser invocadas contra cualquier disposición nacional no conforme a la Directiva, o en la medida en que definen derechos que los particulares pueden alegar frente al Estado”.

⁵⁵⁶ Para el TJ, “los particulares están legitimados para invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, contra el Estado, las disposiciones de una Directiva que parezcan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas en todos aquellos casos en que no se garantice la aplicación plena de ésta, es decir, no sólo en los casos en que no se haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva o tal adaptación haya sido incorrecta, sino también en aquellos casos en que las medidas nacionales por las que el Derecho interno se ha adaptado correctamente a la referida Directiva no se apliquen de manera que se alcance el resultado que ésta persigue”.

a través del llamado principio de interpretación conforme”⁵⁵⁷. Además, el citado autor plantea que ante la incompatibilidad de la norma interna con una directiva no correctamente transpuesta, que es lo suficientemente incondicional y precisa, el juez nacional no ha de aplicar la normativa incompatible con el Derecho comunitario, recordando que aunque “[e]l Tribunal de Justicia ha reiterado «que una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y, por consiguiente, no puede ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona»”, es posible entender que “su posible invocabilidad como parámetro de aplicabilidad del Derecho interno le permitirá conseguir el efecto prohibitivo que la directiva persigue”⁵⁵⁸.

La primacía de las normas del Derecho comunitario, tanto originario como derivado, sobre el Derecho interno, y su efecto directo para los ciudadanos ha sido reiteradamente reconocida por el Tribunal Constitucional español⁵⁵⁹. Han sido los jueces comunes quienes han debido resolver los conflictos entre normas internas y normas comunitarias, dado que su “condición de juez comunitario es indiscutible”⁵⁶⁰.

Dada la primacía y eficacia del Derecho comunitario, a las que nos hemos referido, que se manifiestan tanto en su aplicación directa como en la interpretación del derecho interno en conformidad al comunitario, cabe destacar la influencia que ejercerá el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las decisiones de los tribunales nacionales. Como indica Valdés Dal-Ré, ésta se presenta principalmente mediante dos vías: por una parte, a través de la recepción de la jurisprudencia comunitaria, al estar obligados los jueces nacionales a interpretar el derecho interno, conforme con el

⁵⁵⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: “Efecto directo e invocabilidad «*inter privatos*» de las directivas laborales”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 6, 2010, Madrid, p.6. Nos recuerda el citado autor que “[s]egún éste, se impone a los jueces, para asegurar la aplicación y efectividad de la directiva, pese a la falta de efecto horizontal directo de ésta, interpretar la ley nacional de conformidad con las disposiciones de la directiva” (*Ibidem*, p.6).

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p.15 y ss. Este autor, plantea este enfoque principalmente a la luz del caso Seda Küçükdeveci contra Swedex GmbH & Co. KG (STJ Asunto C-555/2007, de 19 de enero de 2010).

⁵⁵⁹ La STCE 28/1991, de 14 de febrero, señala que “la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional [...], sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan”, agregando que “la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria”. Se pueden citar, además las SSTCE 64/1991, de 22 de marzo, 130/1995, de 11 de septiembre, 120/1998, de 15 de junio, 58/2004, de 19 de abril.

⁵⁶⁰ VALDÉS DAL-RÉ: “Los tribunales laborales en España...” p.814.

ordenamiento comunitario, y, por otra, mediante la utilización de la cuestión prejudicial⁵⁶¹.

El Tribunal Constitucional español ha sostenido tradicionalmente que los eventuales conflictos entre Derecho comunitario y Derecho interno carecen de relevancia constitucional, excluyendo a la Constitución de la aplicación de la doctrina de la primacía del derecho comunitario⁵⁶², sosteniendo cierta identidad constitucional intangible, especialmente en lo referido a los derechos fundamentales^{563 564}.

En otra cara de esta problemática, el Tribunal Constitucional ha expresado que las normas comunitarias no son canon de constitucionalidad. Creemos que, dado el nuevos *status* de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, se abren nuevas perspectivas, que obligarán a revisar con atención la relación entre los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en la Carta.

⁵⁶¹ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: “Los tribunales laborales en España y el Derecho Social comunitario: un diálogo emergente”, en *Actualidad laboral*, N° 3, 1998, p.815. Para Valdés Dal-Ré esta vía prejudicial “[c]alificada de manera unánime como una pieza clave del sistema jurídico comunitario [...], instituye una función de cooperación entre el TJUE y las jurisdicciones nacionales; representa una «original forma de colaboración» [LYON CAEN, G.A.: *Droit social international et européen*, 8ª ed., Dalloz, París 1993, p.173] entre estas instancias judiciales, cuya finalidad primera y esencial es evitar que el principio de independencia de cada jurisdicción nacional pueda generar interpretaciones potencialmente contradictorias en torno a las normas comunitarias” (*Ibidem*, p.815).

⁵⁶² Vid. DTC 1/2004, de 13 de diciembre, relativa al Tratado Constitucional de la UE. Sostiene el Tribunal Constitucional que “[l]a supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos”. Con todo, se plantea que “[e]n el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta”, afirmando que “en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes”.

⁵⁶³ En la citada DTC 1/2004, se valora consagrar la garantía de “la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales, que en ningún caso podrían llegar a hacerse irreconocibles tras el fenómeno de la cesión del ejercicio de competencias a la organización supraestatal”.

⁵⁶⁴ Vid. RAGONE, Sabrina: “Las relaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal de Justicia y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta de clasificación”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 8, núm. 16, julio-diciembre de 2011, p.65; SALVETTI, Marina: “La aplicación judicial del Derecho europeo en los veintisiete países de la Unión”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 8, núm. 16, julio-diciembre de 2011, pp.110-112.

Una vez vigente para España la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, ahora equivalente a un tratado, no se puede sino afirmar que cabe perfectamente sostener la aplicación de los artículos 10.2 y 96 de la Constitución Española. Es decir, por una parte, las disposiciones de la Carta serán criterio hermenéutico de normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce y, por la otra, formarán parte, del ordenamiento español. En esta línea, destaca Martín-Retortillo que el derecho comunitario de los derechos fundamentales ha penetrado al ordenamiento jurídico interno y que el juez español lo “aplicará por ende con toda normalidad y que se hará presente en los más diversos casos que tenga que resolver”, con lo que “tiende a difuminarse la contraposición dialéctica entre un orden «interno» y un orden «europeo»”⁵⁶⁵. Cabe consignar, que tales implicancias deben considerarse a la luz de las ventajas y desventajas que tales preceptos constitucionales ofrecen y que hemos revisado precedentemente.

Históricamente se ha observado, como señala Díaz Crego, “una notable divergencia entre la jurisprudencia del TJCE y la jurisprudencia de ciertos tribunales constitucionales y supremos nacionales en lo que se refiere a los principios que rigen las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos nacionales”⁵⁶⁶. Así, “el TJCE ha definido las relaciones entre ambos ordenamientos en torno a los principios de autonomía, eficacia directa y primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional, independientemente del rango de este último, aplicando esos principios también al ámbito específico de los derechos fundamentales”, mientras que, como lo hemos indicado precedentemente, “los ordenamientos nacionales han aceptado el juego de estos principios respecto del Derecho nacional de carácter infraconstitucional, pero han planteado mayores problemas en lo que se refiere a la articulación del Derecho Comunitario y la Constitución nacional, derechos fundamentales en ella reconocidos incluidos”⁵⁶⁷.

Atendidos los importantes cambios introducidos por el Tratado de Lisboa, a este respecto, resulta interesante considerar la norma del artículo 53 de la Carta de los

⁵⁶⁵ MARTÍN-RETORTILLO Baquer, Lorenzo: *Los derechos fundamentales y la Constitución y otros estudios sobre derechos humanos*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, p.448.

⁵⁶⁶ DÍAZ CREGO, María: *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Editorial Reus S.A., Madrid, 2009, p.287.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, p.289.

Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que dispone que “ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”. Esta disposición, según Díaz Crego, permitiría articular adecuadamente ambos niveles de protección, al menos en caso de ser interpretado en un determinado sentido”, por el que se propone “la interpretación del artículo 53 de la Carta no como regla de resolución de conflictos normativos, sino como criterio interpretativo impuesto al TJCE, obligado, desde esta perspectiva, a no lesionar o limitar los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales en su construcción del sistema de protección de los derechos fundamentales de la UE”⁵⁶⁸. Así, “el TJCE podría interpretar el artículo 53 de la Carta como una suerte de cláusula derogatoria general que permitiría a los Estados miembros derogar la obligaciones que les impone el Derecho de la UE siempre que el cumplimiento de las misma violara uno de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional: el TJCE llevaría a cabo el control de la medida derogatoria, asegurando que la misma persigue garantizar el derecho fundamental reconocido en sede nacional, y, una vez realizada tal comprobación, dejaría en manos nacionales la aplicación del test de proporcionalidad de la medida”⁵⁶⁹.

Destaca la citada Díaz Crego que la interpretación propuesta del artículo 53 de la Carta podría hacer desaparecer la reserva del Tribunal Constitucional de *ultima ratio* “que le permitiría verificar la adecuación de las normas europeas a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española”, ello “en la medida en que el entendimiento de ese precepto como criterio interpretativo impuesto al TJCE obligaría a este tribunal a respetar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española”⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, p.291.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, p.291.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p.293.

2.4. Consideraciones acerca de la fundamentalidad de las normas internacionales de derechos humanos y el conflicto con las normas internas

Como hemos dejado en claro en las páginas precedentes, el *locus* que ocupen las normas internacionales de derechos humanos en el orden interno será definido en cada Estado por su Constitución, pues corresponderá a ella determinar si estos tendrán jerarquía infraconstitucional (sea legal o supralegal), constitucional o supraconstitucional.

En la medida que la Constitución defina con claridad la jerarquía de los mencionados instrumentos y su relación con las restantes fuentes, los conflictos se verán minimizados. Sin embargo, la referida definición, como hemos constatado en los casos de Chile y España, no siempre tiene en las constituciones la claridad necesaria, lo que abre un espacio de debate no sólo en la doctrina de los autores, sino en el accionar de los legisladores y de los tribunales.

En los casos revisados, hemos podido ver que la cuestión se extiende desde las posturas que sostienen que las normas internacionales de derechos humanos desarrollan materialmente la Constitución en lo referido a los derechos y, por tanto, se integran con ellas en una suerte de bloque de constitucionalidad, hasta las de quienes afirman categóricamente el carácter infraconstitucional de tales normas en el orden interno. Cabe consignar que, entre estos últimos, existe un reconocimiento bastante generalizado en el sentido de que las normas internacionales de derechos humanos en el orden interno constituyen un refuerzo de los derechos fundamentales constitucionales, son parámetros de interpretación de estos y tienen una aplicabilidad preferente respecto de la ley.

Sostener que los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales comparten el rango constitucional con los derechos fundamentales consagrados expresamente en los catálogos constitucionales supone afirmar la igual fundamentalidad de unos y otros. Es decir, por propia disposición constitucional, el catálogo de derechos fundamentales se ve ampliado por aquellos consagrados en normas internacionales vigentes internamente.

Cabe preguntarse si se podrían considerar como derechos fundamentales los derechos humanos consagrados por los instrumentos internacionales cuando a estos se les ha asignado en el orden interno un carácter infraconstitucional. Si como afirmara Cruz Villalón “los derechos fundamentales son sencillamente los derechos en cuanto categoría constitucionalmente relevante” y “nacen con la Constitución y se acaban con la Constitución”⁵⁷¹ la respuesta no podría sino ser negativa. Creemos que hay razones para aventurar una respuesta diferente.

En primer lugar, debemos hacer una distinción entre aquellos derechos que están consagrados constitucionalmente y, además, lo están en instrumentos internacionales vigentes en el orden interno y aquellos derechos que no están consagrados constitucionalmente, pero que sí han sido reconocidos en los instrumentos internacionales.

La primera categoría no ofrece mayores problemas. Existiendo un mismo contenido esencial, resulta en la práctica de menor relevancia la pregunta. Dicho con un sencillo ejemplo, si la libertad de pensamiento se reconoce en la Constitución y también en una norma internacional vigente en el orden interno, resulta ocioso preguntarse si esta última se refiere a un derecho fundamental. Evidentemente una y otra norma se refieren sustancialmente a lo mismo. Referidas ambas a un derecho fundamental, la segunda no sólo refuerza la garantía, sino que colabora a la determinación del contenido, sentido y alcance de la primera.

Más problemática es la segunda categoría, en tanto una respuesta positiva supone afirmar la fundamentalidad de un derecho que no ha sido consagrado como tal en la Constitución.

Cabe citar aquí nuevamente a Ferrajoli y su definición formal de los derechos fundamentales, pues qué duda cabe que encontramos en los instrumentos internacionales de derechos humanos precisamente “derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”⁵⁷². Pero debemos

⁵⁷¹ CRUZ VILLALÓN: “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, p.42

⁵⁷² FERRAJOLI: “Derechos fundamentales”, p.19.

hacernos cargo de revisar los tres rasgos de los derechos fundamentales que Ferrajoli deriva de la definición citada: forma universal de imputación, indisponibilidad y que son definidos en reglas generales y abstractas de rango habitualmente constitucional y por ello supraordenadas a los poderes públicos. Respecto de los dos primeros no hay mayores dudas: los derechos que en los instrumentos internacionales se consagran se imputan universalmente y tienen el carácter de indisponibles. Respecto del tercer rasgo resulta claro que se trata de normas generales y abstractas, pero no de normas de rango constitucional. Sin embargo, Ferrajoli no dice que siempre hayan de ser de rango constitucional, es más, el mismo sostiene que no incide sobre el significado de los derechos fundamentales “la previsión en un texto constitucional, que es sólo una garantía de su observancia por parte del legislador ordinario”⁵⁷³. En este sentido cabe consignar que, incorporados al ordenamiento interno, los tratados de derechos humanos tienen eficacia normativa por sobre la ley y el legislador no puede modificarlos, suspenderlos o derogarlos. Se constituyen en un límite infranqueable para el legislador ordinario y un parámetro inevitable para el juez. Es decir, en relación con la definición del autor que venimos citando, podemos afirmar que estos derechos consagrados por normas internacionales admiten ser calificados como derechos fundamentales.

Afirmado que los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales son derechos fundamentales en conformidad a la definición que de ellos hace Ferrajoli, nos enfrentamos a un nuevo problema: el del conflicto o colisión entre derechos fundamentales. Habíamos señalado que tal colisión entre derechos ha de solucionarse mediante una ponderación de ellos a través del principio de proporcionalidad. Sin embargo, tal afirmación la hicimos, como lo hace Alexy, frente a derechos de rango constitucional. Si bien no vemos obstáculo en recurrir a la ponderación ante un conflicto de derechos fundamentales contenidos en normas infraconstitucionales, si podrían surgir algunos inconvenientes al plantearse una colisión entre derechos fundamentales consagrados en normas de rango constitucional y de rango infraconstitucional. Afirmer la viabilidad de tal ponderación supone afirmar que la jerarquía normativa cede ante los derechos fundamentales, cualquiera que sea el rango de las normas que los consagren. Entonces la forma de resolver tal conflicto será mediante el canon de proporcionalidad. Rechazar la viabilidad de tal ponderación,

⁵⁷³ *Ibidem*, p.20.

supondrá que la solución sea a través de la jerarquización y no de la ponderación y ello equivale a afirmar que hay, a priori, derechos fundamentales de primera y de segunda categoría.

Volviendo a aquellos derechos que están consagrados constitucionalmente y, además, en instrumentos internacionales vigentes en el orden interno- cabe revisar el tema del eventual conflicto entre las normativas que los consagran, en lo que se refiere al contenido garantizado y a sus límites.

Al respecto, Cançado Trindade sostiene que “no hay más pretensión de primacía de uno u otro ordenamiento jurídico”, de modo que “en el presente el dominio de protección, la primacía es de la norma más favorable a las víctimas, sea ella norma de derecho internacional o de derecho interno, ya que “este y aquel aquí interactúan en beneficio de los seres protegidos”⁵⁷⁴. En similar sentido, Ugarte Cataldo señala que el principio *pro homine* se aplica “en los casos de concurrencia o eventual conflicto normativo de una pluralidad de normas jurídicas aplicables a un caso en cuestión, donde el principio ordena preferir la que sea más ventajosa en la protección de los derechos fundamentales” y en la interpretación de una norma jurídica, “donde el principio ordena la preferencia interpretativa de aquel sentido que optimice la protección de un derecho fundamental”⁵⁷⁵.

Enfatiza Cançado Trindade que este criterio “es la solución expresamente consagrada en diversos tratados de derechos humanos, de la mayor relevancia por sus implicaciones prácticas”⁵⁷⁶. A este respecto pueden mencionarse el artículo 5.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁵⁷⁷, el artículo 5.2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁷⁸, el artículo 53 del Convenio Europeo para la

⁵⁷⁴ CANÇADO TRINDADE: *El Derecho internacional de los Derechos Humanos*, pp.310-311.

⁵⁷⁵ UGARTE CATALDO: *Tutela de los derechos fundamentales del trabajador*, p.58.

⁵⁷⁶ CANÇADO TRINDADE: *El Derecho internacional de los Derechos Humanos*, p.311.

⁵⁷⁷ “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

⁵⁷⁸ “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁵⁷⁹, el artículo 32 de la Carta Social Europea, Turín, de 1961⁵⁸⁰, el artículo 29 b) de Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)⁵⁸¹ y el artículo 4 del Protocolo de San Salvador⁵⁸².

Destaca Cançado Trindade que “el criterio de la primacía de la norma más favorable a las personas protegidas, consagrado expresamente en tantos tratados de derechos humanos, contribuye en primer lugar a reducir o minimizar considerablemente las supuestas posibilidades de «conflictos» entre instrumentos legales en sus aspectos normativos”⁵⁸³, agregando que “contribuye, en segundo término, a obtener mayor coordinación entre tales instrumentos, en dimensión tanto vertical (tratados e instrumentos de derecho interno) como horizontal (dos o más tratados)⁵⁸⁴ y que “contribuye, en tercer lugar [...], para demostrar que la tendencia y el propósito de la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos -garantizando los mismos derechos- son en el sentido de ampliar y fortalecer la protección”⁵⁸⁵. Concluye el citado autor señalando que “lo que importa en último término es el grado de eficacia de la protección, y por consiguiente ha de imponerse la norma que en el caso concreto mejor proteja, sea ella de derecho internacional o de derecho interno”⁵⁸⁶.

⁵⁷⁹ “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

⁵⁸⁰ “Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de Derecho interno ni a las de los Tratados, Convenios o Acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se concediere un trato más favorable a las personas protegidas”. Idéntica disposición se contempla en el artículo H de la Carta Social Europea revisada en Estrasburgo, el año 1996.

⁵⁸¹ “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de [...] b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

⁵⁸² “No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

⁵⁸³ CANÇADO TRINDADE: *El Derecho internacional de los Derechos Humanos*, p.312.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p.312.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p.313.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p.313.

2.5. La función desempeñada por el derecho internacional y los instrumentos utilizados por los jueces

Zagrebelsky se pregunta acerca de la utilización y cita por parte de los jueces de materiales normativos y jurisprudenciales externos, revisando los casos más proclives y aquellos en que se han adoptado posiciones aislacionistas⁵⁸⁷ y concluye afirmando que “la apertura de las jurisprudencias a recíprocos enlaces no es [...] una moda, una pretensión de profesores, una arbitrariedad respecto de las respectivas constituciones nacionales”; por el contrario, “es una exigencia radicada en la vocación contemporánea de la justicia constitucional” y “es parte del proceso de muchas facetas de “universalización del derecho”, un fenómeno característico de nuestro tiempo jurídico”⁵⁸⁸. Compartimos con este autor la visión respecto de la creciente comunicación entre los diversos niveles normativos, internos, regionales, supranacionales e internacionales (o, más bien, universales). Este es un fenómeno en evidente expansión en el mundo de los tribunales, que no sólo tienen en cuenta a la hora de resolver los litigios las normativas que concurren, sino que están considerando los criterios interpretativos de las diversas instancias jurisdiccionales e incluso de los órganos de control de las instituciones internacionales. Hoy es posible que un tribunal que en Canadá debe resolver sobre un caso de libertad sindical a fin de delimitar el derecho recurra a las opiniones del Comité de Libertad Sindical de la OIT o que la Corte Interamericana de Derechos Humanos considere para resolver un caso sobre un determinado derecho fundamental lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto al respecto.

Hoy el juez nacional se ve enfrentado a un enjambre normativo mucho más rico y complejo y que le supone importantes desafíos a la hora de garantizar efectivamente los derechos que han sido reconocidos a las personas y consagrados en una diversidad de instrumentos. Es interesante constatar que existe una proliferación de esfuerzos internacionales destinados a reforzar el papel de los tribunales para promover y garantizar la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el

⁵⁸⁷ Vid. ZAGREBELSKY, Gustavo: “Jueces constitucionales”, en CARBONELL, Miguel (ed.): *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007, pp.91-104.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, p.103.

orden interno y, en esa misma línea, hay estudios que constatan una creciente tendencia de los tribunales nacionales a tener en cuenta las normas internacionales⁵⁸⁹.

En esta misma línea Gravel y Delpech destacan que “las jurisdicciones nacionales toman cada vez más como referencia las normas laborales internacionales”⁵⁹⁰ y que “la invocación de las normas internacionales del trabajo por parte de las más altas instancias judiciales de ciertos países pone de manifiesto el progreso creciente de la recepción y de la asimilación a nivel nacional de estas reglas”⁵⁹¹. Señala Von Potobsky que, “cualquiera sea el rango jerárquico de los convenios, el problema que más interesa es el de su efectividad en el orden jurídico interno de los países, que depende básicamente del régimen nacional de introducción en dicho orden, así como del grado de operatividad de los convenios y sus normas”⁵⁹², destacando que “en estos casos el rol de las instancias judiciales y su enfoque pueden resultar determinantes”⁵⁹³. Lo que el mencionado autor señala sobre los convenios de la Organización Internacional del Trabajo resulta aplicable también respecto de los instrumentos internacionales de derechos humanos que inciden en las relaciones laborales.

En un trabajo de recopilación de sentencias de varios países, el Programa de las Normas y de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo del Centro Internacional de Formación de la OIT, junto con identificar resoluciones judiciales que en materia laboral utilizan derecho internacional, propone algunos criterios de

⁵⁸⁹ Vid. THOMAS, Constance, OELZ, Martin y BEAUDONNET, Xavier: “The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence, and practical implications” en GERNIGON, Bernard, JAVILLIER Jean-Claude y POLITAKIS Georges (editores): *Les normes internationales du travail, un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, OIT, Ginebra, 2004, pp 249-285.

⁵⁹⁰ GRAVEL, Eric y DELPECH, Quentin: “Normas del trabajo y complementariedad de los ordenamientos nacionales con el derecho internacional” en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 127 (2008), núm. 4, disponible [en línea] en http://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/s5_gravel.pdf, [citado en mayo de 2015], pp.448-449.

⁵⁹¹ *Ibidem*, p.460.

⁵⁹² VON POTOBSKY, Geraldo: “Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional” en GERNIGON, Bernard, JAVILLIER Jean-Claude y POLITAKIS Georges (editores): *Les normes internationales du travail, un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, OIT, Ginebra, 2004, p.290.

⁵⁹³ *Ibidem*, p.290. Este autor destaca las deficiencias que existen respecto al conocimiento de la las normas internacionales “tanto por parte de los jueces como de los litigantes y sus asesores”, junto con identificar que “existen otros problemas que dificultan la aplicación judicial de las normas internacionales”, como que “los jueces tienden a descartar eventuales conflictos entre la normativa internacional y la propia legislación, y a estimar que ésta se amolda a aquella dentro del contexto del país” y que “con alguna frecuencia también se resisten a aplicar la norma internacional recurriendo a diversos tecnicismos, cuando los motivos verdaderos pueden ser de política económica o social, de soberanía, de problemas de asimilación de conceptos y técnicas extraños, etc.” (*Ibidem*, p.305).

clasificación de las mismas⁵⁹⁴. El primero de estos criterios dice relación con la función desempeñada por el derecho internacional, distinguiéndose la resolución directa del litigio con base en el derecho internacional⁵⁹⁵; su utilización como guía para la interpretación del derecho interno⁵⁹⁶; el establecimiento de un principio jurisprudencial inspirado por el derecho internacional⁵⁹⁷ y el reforzamiento de una decisión basada en el derecho interno⁵⁹⁸. Cabe tener presente que, como lo advierte la propia OIT en su trabajo, “en algunas sentencias, la frontera entre ellas puede difuminarse y resultar difícil distinguirlas”⁵⁹⁹. El segundo de los criterios dice relación con el tipo de instrumento internacional utilizado, distinguiéndose entre tratados ratificados; tratados no ratificados; instrumentos no sujetos a ratificación; legislación extranjera; jurisprudencia internacional; jurisprudencia comparada; informe de la Oficina Internacional del Trabajo, orden público internacional.

⁵⁹⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Centro Internacional de Formación, Programa de las Normas y de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo: *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. Recopilación de sentencias*, Turín, diciembre de 2007, disponible [en línea] en http://training.ilo.org/ils/CD_Use_Int_Law_web/Additional/Spanish/default.htm, [citado en mayo de 2013].

⁵⁹⁵ En estos casos “la norma internacional constituye la norma básica empleada para la resolución del litigio, y su aplicación permite descartar la aplicación de una norma interna menos protectora de los derechos de los trabajadores o de los derechos humanos o bien subsanar una laguna de la legislación interna” (*Ibidem*, p.2).

⁵⁹⁶ Aquí, “aunque el litigio se ha resuelto aplicando una disposición de derecho interno, la aplicación de dicha disposición ha requerido la clarificación de su contenido y de su alcance a la luz de los instrumentos internacionales” (*Ibidem*, p.2).

⁵⁹⁷ Se trata de que “ante las lagunas o la improcedencia de la legislación nacional, el juez se inspira de una norma internacional (generalmente no ratificada o no sujeta a ratificación) para crear o reconocer un principio jurisprudencial que permita resolver el litigio” (*Ibidem*, p.2).

⁵⁹⁸ Por último, en este caso “aunque el litigio hubiera podido resolverse mediante la aplicación exclusiva del derecho interno, la referencia al derecho internacional permite al juez subrayar el carácter fundamental de un principio o derecho ya reconocido en el derecho nacional o corroborar la interpretación del derecho interno que realiza en su sentencia” (*Ibidem*, p.2).

⁵⁹⁹ *Ibidem*, p.3.

CAPÍTULO 3. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA DEL TRABAJADOR EN LA NORMATIVA Y LA JURISPRUDENCIA

En este capítulo queremos poner en diálogo , respecto de determinados derechos fundamentales de la persona del trabajador que hemos seleccionado, la consagración y reconocimiento de ellos en instrumentos internacionales y supranacionales y en los textos constitucionales de Chile y España con la jurisprudencia de los tribunales en los diversos niveles y de los organismos de control de organismos internacionales, de modo de contribuir a clarificar la actual comprensión de los mismos y su significado e implicaciones para el mundo del trabajo.

3.1. El derecho de igualdad y la prohibición de no discriminación

En este apartado trataremos acerca del derecho de igualdad y de la prohibición de no discriminación, estableciendo el marco conceptual y normativo de estas figuras, con especial referencia a los ordenamientos de España y Chile y a los instrumentos internacionales y supranacionales sobre la materia. Centraremos nuestro análisis en la igualdad de hombres y mujeres y la prohibición de la discriminación por razón de sexo, realizando un tratamiento en particular de algunos asuntos en dicho ámbito. Concluiremos abordando un par de cuestiones sobre otros motivos discriminatorios que nos han parecido de relevancia y pertinencia.

3.1.1. *Conceptualización y marco normativo*

3.1.1.1. *Acerca de la igualdad y la discriminación*

No es tarea fácil definir a la igualdad y a la no discriminación, ni establecer con total claridad la relación entre ambas nociones. Su comprensión ha sido diversa a lo largo de la historia y, hoy como ayer, en torno a tales términos existen severas discrepancias, no sólo en el ámbito jurídico, sino que en la esfera de las ideas políticas y filosóficas, como también en el entendimiento y expectativas que de ellas se tiene por parte de los ciudadanos. En el ámbito de lo jurídico han sido conceptos especialmente

conflictivos, que han dado lugar a diversas cuestiones interpretativas y de aplicación. Dicho en positivo, el desarrollo de estas nociones ha sido posible, en gran parte, gracias al juego entre las normas y una notable actividad jurisdiccional. Sin duda, esta última ha permitido ir conformando sus contornos y sus contenidos. Expresado de otro modo, “los jueces y los tribunales han sido los auténticos artífices de un principio que en el plano de su formulación positiva apenas puede pasar de unos cuantos enunciados generales; han sido, en último término, los encargados de transformar en un derecho practicable y exigible lo que en muchas ocasiones no viene plasmado más que como principio, mandato o directriz”⁶⁰⁰. Todo lo anterior no nos impide intentar ordenar ciertas nociones en torno a estos principios, a su consideración como derechos fundamentales y al rol que juegan en la relaciones de trabajo.

La igualdad es entendida por el pensamiento liberal decimonónico como un supuesto o un punto de partida. Es decir, todos somos iguales y todos debemos ser tratados de igual manera. Se entiende “como una igualdad *en* la ley, cuya finalidad es romper con un pasado (*l’ancien régime*) organizado sobre la base de privilegios y exenciones” que comporta un mandato para el legislador⁶⁰¹. Tal noción será complementada con una comprensión respecto del contenido mismo de la legislación, la que debe ser igual para todos, es decir, “se entiende, ante todo, como igualdad *ante* la ley, como un mandato dirigido al legislador de no establecer, al delimitar el ámbito de aplicación de las normas, diferenciaciones o preferencias injustificadas o arbitrarias”⁶⁰². La cláusula de igual protección “se entenderá y aplicará por los tribunales como un deber de igualdad legislativa, de tratamiento igual a los iguales, utilizándose como canon de discernimiento de la diferencia de trato el canon de la razonabilidad”⁶⁰³. Finalmente, “[c]on mayor o menor retraso, la igualdad legislativa pasará a formar parte de las manifestaciones del principio de igualdad, leído e interpretado en clave de tríada: igualdad en la ley, igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley”⁶⁰⁴.

⁶⁰⁰ GARCÍA MURCIA, Joaquín: “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en CASAS BAAMONDE, María Emilia; CRUZ VILLALÓN, Jesús y DURÁN LÓPEZ, Federico (Coord.): *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, 2006, pp.391.

⁶⁰¹ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, en *Libro de Informes Generales, XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Montevideo, 2003, p.104. Mandato al legislador “con vistas a que defina con criterios de universalidad las situaciones jurídicas (libertades o poderes, obligaciones o prohibiciones) reconocidas por la norma” (*Ibidem*).

⁶⁰² *Ibidem*.

⁶⁰³ *Ibidem*.

⁶⁰⁴ *Ibidem*.

En una comprensión, que puede ser catalogada de formal o meramente jurídica, que parte de la igualdad como supuesto, al Estado se le concibe en un rol pasivo, de abstención o de no intromisión, de modo tal que al poder público le está vedado intervenir en el libre juego del mercado y en las relaciones entre los privados. En el siglo XIX nos encontramos con una sociedad capitalista, un proceso de revolución industrial en curso, que ha generado nuevas formas de trabajo que podemos describir someramente del siguiente modo: mediante un contrato una persona libre pone a disposición de otro su capacidad de trabajo a cambio de una remuneración. A estas nuevas relaciones se les aplica el derecho común, que considera a las partes en condiciones de igualdad. Este supuesto ficticio, en tanto en los hechos quien es económicamente más fuerte goza de supremacía sobre aquellos que sólo disponen de su capacidad de trabajo, unido a la amplia oferta de trabajadores, dará lugar a precarias condiciones de trabajo caracterizada, entre otros abusos, por remuneraciones miserables, jornadas de trabajo extremadamente largas, ambientes de trabajo insalubres e inseguros y trabajo infantil. Esta realidad supondrá un replanteamiento de la normativa y de sus fundamentos.

Los fenómenos del surgimiento del Derecho del Trabajo y del constitucionalismo social tienen en sus bases una nueva comprensión de la igualdad. En su génesis está la constatación de que, lejos del supuesto liberal de igualdad, existe una desigualdad fáctica a la que hay que atender. Esto es evidente tratándose de las partes de la relación laboral. De este modo, ya no basta con entender la igualdad como dada, sino que es necesario concebirla como un objetivo a alcanzar, es decir, ella se constituye en una meta.

Lo señalado en el párrafo precedente implica un cambio radical en el rol del Estado, en tanto se le asigna el deber positivo de promover y de asegurar la igualdad. Se exige del Estado su intervención a favor de los más débiles, se necesita un trato diferente para quienes se encuentran en condiciones disímiles. En particular, corresponderá al Derecho Laboral elevar jurídicamente a quien se considera más débil, el trabajador, concediéndole ciertos derechos de carácter irrenunciable. Asimismo, la irrupción de los derechos sociales en las constituciones impone al Estado una acción transformadora al servicio de los postergados y un compromiso en la construcción de

una sociedad más igualitaria. Con Rey Martínez, podemos afirmar que una concepción de la igualdad propia de un Estado social y democrático de Derecho “desarrolla una función de libertad (de prohibición de arbitrio, que es la forma más extrema de injusticia), una función democrática (impidiendo la marginación de minorías aisladas y sin voz) y una función social, (posibilitando no sólo una igualdad de arranque en la salida, sino una *égalité de chances*)”⁶⁰⁵.

Inicialmente se ha comprendido a la no discriminación, en una noción que ha sido catalogada de formal, como una concreción del principio de igualdad ante la ley. La concepción de la discriminación y de su interdicción también experimentará una notable evolución.

En la primitiva comprensión la conducta discriminatoria consistirá en cualquier diferencia de trato arbitraria⁶⁰⁶, es decir, sin justificación objetiva y razonable, en el ejercicio de los derechos fundamentales. Se trataría de que estos puedan ser gozados y ejercidos, sin que exista una distinción injustificada. Como veremos más adelante, esa es, precisamente, la orientación que tienen algunos instrumentos internacionales.

En primer lugar, junto a esta comprensión formal se ha avanzado hacia una noción material de la no discriminación, cuya prohibición, según ha entendido el Tribunal Constitucional de España “persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad humana” (STCE 19/1989, de 31 de enero)^{607 608}.

⁶⁰⁵ REY MARTÍNEZ, Fernando: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw Hill, Madrid, 1995, p.109.

⁶⁰⁶ Esta es por ejemplo la comprensión que se manifiesta en la SCS, de 24 de mayo de 1991 (citada en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, en AFDUDC, 10, 2006, 799-831 p.808), al señalar que por “discriminación arbitraria ha de entenderse toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual”.

⁶⁰⁷ Esta corresponde a la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional español, contenida, entre otras, en las SSTCE 128/1987, de 16 de julio; 166/1988, de 26 de septiembre; 145/1991, de 1 de julio; 317/1994, de 28 de noviembre; 17/2003, de 30 de enero; 214/2006, de 3 de julio, y 324/2006, de 20 de noviembre. Entre las sentencias más recientes que reafirman esta doctrina pueden mencionarse: SSTCE 51/2011, de 14 de abril, y 117/2011, de 4 de julio.

⁶⁰⁸ GAZMURI hace presente que “la idea de la exclusión social como una forma de discriminación amplía considerablemente el abanico de conductas que pueden considerarse discriminatorias”. Ella “resulta de un

Es posible constatar que en los diversos ordenamientos nacionales, como también en los instrumentos internacionales, se han reconocido ciertos criterios de diferenciación arbitrarios que afectan a la dignidad humana, los cuales se pretenden erradicar. En este sentido, Valdés Dal-Ré enfatiza el sentido peyorativo de la discriminación: se trata de la existencia de criterios aborrecibles de diferenciación que perjudican, humillan y excluyen a los discriminados⁶⁰⁹. Para este autor, la discriminación “asume un sentido netamente peyorativo en atención a una doble circunstancia... [d]e un lado, por el carácter «odioso» del propio criterio de diferenciación, basado en características biológicas (sexo, raza o edad) o en situaciones sociales de las personas discriminadas al margen de su responsabilidad; de otro, por cuanto la distinción genera en los sujetos discriminados un perjuicio, un daño o una desventaja por ellos no deseada”⁶¹⁰. En este sentido, se ha destacado que la normativa antidiscriminatoria, al determinar los criterios prohibidos de diferenciación, despliega una función simbólica u orientadora del comportamiento humano, junto a una función tutelar, por la que se busca inhibir las conductas discriminatorias, restaurar y reparar⁶¹¹.

La dignidad humana desde la perspectiva de la no discriminación supone “una exigencia de paridad en la estimación social y en la posición jurídica básica de todas las personas”⁶¹². Como señala Valdés Dal-Ré “[e]n el plano individual, toda discriminación

conjunto complejo de prácticas sociales, económicas y culturales, que sólo pueden superarse a través del diseño e implementación de políticas específicas dirigidas a ese fin” (GAZMURI RIVEROS, Consuelo: *Los derechos fundamentales en la empresa; algunas perspectivas de género*. Aporte al Debate N° 14, diciembre 2004. Disponible [en línea] en <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/article-71195.html> [citado en mayo de 2015], p.30).

⁶⁰⁹ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: “La prohibición de discriminación: una cualificada expresión del moderno «ius gentium»” en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2008, N° 5, p.3.

⁶¹⁰ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: *Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral*, disponible [en línea] en http://www.ugt.es/Mujer/Escuela_Mujeres/ponencia_de_Fernando_Valdes.pdf, [citado en mayo de 2012] p.9. Quintanilla Navarro también destacará que la no discriminación va a significar “la voluntad de eliminar los tratamientos o las situaciones discriminatorias que resultan especialmente «odiosas» para el texto constitucional” (QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz: *Discriminación retributiva: diferencias salariales por razón de sexo*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996, p.35.)

⁶¹¹ Vid. ÁLVAREZ ALONSO, Diego y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio: “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria”, en *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm.132, 2006, p.999.

⁶¹² ÁLVAREZ ALONSO y ÁLVAREZ DEL CUVILLO: “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación...”, p.1028. Especifican estos autores que “la actuación concreta será contraria a la dignidad si a ella subyace una pauta social de asociación pertenencia al género, posición sistemática de desigualdad y, por ello mismo, es susceptible de ser considerada parte integrante del círculo de lógicas y hechos tendentes a situar al grupo en una posición desigual e inferior de menoscabo de la dignidad de sus integrantes” (Ibídem p.1031).

adquiere un «carácter humillante», inconciliable con el respeto debido a la dignidad humana; y en el plano social, la discriminación coloca a los individuos y grupos sociales víctimas de la discriminación en una situación de exclusión y marginación, cuyas consecuencias desventajosas se manifiestan en la negación o en la especial dificultad de disfrutar de bienes y derechos”, de modo que “[l]a lucha contra las discriminaciones sintetiza así y de manera ejemplar los valores de la idea misma de derecho fundamental: el respeto a la dignidad de las personas, a su consideración como seres humanos, y la instauración de un orden social justo”⁶¹³.

La normativa ha identificado estos criterios que han puesto históricamente y siguen actualmente poniendo en desventaja a determinados colectivos, desconociendo su dignidad y excluyéndolos. Esto se hace a partir del reconocimiento de la vulnerabilidad de determinados grupos humanos⁶¹⁴ y de la necesidad de asegurarles una protección a ellos⁶¹⁵. Es cierto que cuando se discrimina normalmente identificamos a individuos como víctimas, pero es evidente que tal trato obedece a que ellos forman parte de “colectivos vulnerables a la discriminación”⁶¹⁶ y es, precisamente, por dicha pertenencia que se les menoscaba. Ello exige examinar con particular atención las situaciones o actuaciones en las cuales pudiera haberse considerado algunos de estos criterios para distinguir, excluir o preferir, pues estamos frente categorías que normalmente no han de ser tenidas en cuenta para tales definiciones, de modo que cuando aparece que se ha recurrido a ellas, han de estar sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto⁶¹⁷.

⁶¹³ VALDÉS DAL-RÉ: *Igualdad y no discriminación por razón de género*, pp.11-12.

⁶¹⁴ Vid. MUÑOZ RODRÍGUEZ, María del Carmen: “Igualdad y no discriminación por razón de sexo, raza, religión, discapacidad, edad y orientación sexual”, en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, GÓMEZ-GALÁN, Manuel y DE FARAMIÑÁN GILBERT, Juan Manuel (Coord.): *Los derechos humanos en la sociedad global: mecanismos y vías prácticas para su defensa*, Cideal, Madrid, 2011, p.133; MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando: “Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el Derecho Europeo”, en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando y FERNÁNDEZ LIESA (Dir. y coord.): *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Universidad Carlos III de Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, p.21, y ÁLVAREZ ALONSO y ÁLVAREZ DEL CUVILLO: “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación...”, pp.1002-1011.

⁶¹⁵ Vid. BALLESTER PASTOR, María Amparo y BALLESTER CARDEL, María: “Significado general y conceptual de la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en SALA FRANCO, Tomás ET AL (Coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, La Ley, Las Rozas, Madrid, 2008, pp.44-46.

⁶¹⁶ Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *La igualdad en el trabajo...*, pp.xvi, 2 y 76.

⁶¹⁷ Así, el TEDH ha reiterado en sentencia sobre asunto Karlheinz Schmidt c. Alemania, núm.13580/88, de 18 de julio 1994 que “seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe” (Anteriormente, en la misma orientación, vid. SSTEDH, asuntos Schuler-Zgraggen c. Suiza, núm.14518/89, de 24 junio de 1993, y Burghartz c. Suiza, núm. 16213/90, de 22 febrero de 1994. En

Se ha discutido si estos criterios prohibidos de distinción que han sido definidos por los ordenamientos constituyen *numerus clausus*, o bien, pudieran ser ampliados. Nosotros entendemos que el catálogo está abierto a los cambios⁶¹⁸, en tanto es posible que se identifiquen nuevos motivos de discriminación que atenten gravemente a la dignidad humana. En esa línea la propia normativa constitucional o internacional recurre a fórmulas abiertas, que permitirían la identificación de otros⁶¹⁹. Con todo, compartimos con Garriga Domínguez que, el que se recoja expresamente determinadas causas discriminatorias, “responde a la voluntad del constituyente de terminar con la histórica situación de inferioridad que en la vida social y jurídica se había colocado a determinados grupos sociales”⁶²⁰. Que se identifique un rasgo como especialmente sospechoso en materia de discriminación es muy importante, puesto que ello “supone un mandato reforzado a los poderes públicos de luchar contra este tipo de discriminación, lo que incluye, respecto de los Tribunales y el Tribunal Constitucional, el deber de ser especialmente estrictos contra los actos, medidas y normas que utilicen estos rasgos para discriminar”⁶²¹.

similar sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en Informe No. 4/01, María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala), 19 de enero de 2001, señala que las distinciones “basadas en criterios vinculados a condiciones tales como la raza o el sexo, exigen un escrutinio más intenso”.

⁶¹⁸ A este respecto, cabe recordar la afirmación de BOBBIO en orden a que los derechos no pueden ser sustraídos “al fluir de la historia”, pues “en cuanto derechos históricos son mutables, esto es, susceptibles de transformación y de ampliación” (BOBBIO, Norberto: *El tiempo de los derechos*, traducción de DE ASÍS ROIG, Rafael, Editorial Sistema, Madrid, 1991, p.70).

⁶¹⁹ En este sentido, cabe citar el Convenio núm.111 de la OIT, el cual, luego de identificar las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos que indica, señala que “cualquier otra... que podrá ser especificada...”. En otro ejemplo, como veremos más adelante, en el artículo 14 del Convenio Europeo los motivos por los cuales se señala que no se puede distinguir son amplios y abiertos, pues, luego de mencionar algunos especialmente, expresa que no puede distinguirse por cualquier otra situación⁶¹⁹. De igual modo, la Constitución Española, en su artículo 14, luego de indicar razones por las que no es admisible discriminar, agrega además de las especificadas “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

En virtud de tales formulas se han identificado otros motivos prohibidos. Podemos mencionar la STCE 62/2008, de 26 de mayo, que señala que “no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo”. Podría destacarse, en el último tiempo, la incorporación en varios ordenamientos de las características genéticas o genoma como un motivo prohibido de discriminación; así, el propio artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a las “características genéticas” como motivo discriminatorio prohibido.

⁶²⁰ GARRIGA DOMÍNGUEZ: “Igualdad, discriminación y diferencia”, p.84.

⁶²¹ REY MARTÍNEZ, Fernando: “El modelo europeo de lucha contra la discriminación y su incompleta incorporación en el ordenamiento español”, en NAVAS NAVARRO, Susana (Dir.): *Iguales y diferentes ante el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p.26. Sobre la susceptibilidad de incorporar nuevos motivos discriminatorios expresamente prohibidos, este autor entiende que, al existir una lista, esta debe ser considerada como una lista de mínimos y no de máximos (*Vid. Ibídem.*, p.30).

La ampliación del catálogo de causas discriminatorias debiera restringirse a aquellas que se constituyan en criterios peyorativos de importancia, dicho de otro modo, debe extenderse la tutela frente a la distinción “contraria a la dignidad humana por basarse en la adscripción de los individuos a grupos, en función de ciertas circunstancias personales o sociales, con un resultado actual o potencialmente segregador o marginador”⁶²². La inclusión excesiva de criterios, podría terminar desvirtuando el concepto de discriminación en su actual comprensión y, lo que resultaría más grave, la eficacia práctica de su prohibición.

En síntesis, si bien toda diferencia de trato arbitraria, sin justificación objetiva y razonable, es contraria a la igualdad, existen ciertos criterios de diferenciación que han sido identificados como particularmente injustos y detestables, cuya utilización es constitutiva de discriminación⁶²³. Las distinciones basadas en dichos criterios requieren una especial atención y la sociedad ha de poner sus mejores esfuerzos en su erradicación⁶²⁴. Como acertadamente nos dijo Ermida Uriarte, “para alcanzar la igualdad hay que empezar por no discriminar”, así puede entenderse que “la no discriminación es el contenido mínimo de la igualdad, un pequeño paso en el camino de la igualdad”⁶²⁵.

⁶²² ÁLVAREZ ALONSO y ÁLVAREZ DEL CUVILLO: “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación...”, p.1012.

⁶²³ De este modo, como señala Rey Martínez, en referencia a la Constitución española, “cuando en la diferenciación jurídica de trato se adopta como criterio alguna de las causas típicas del art. 14 CE...la igualdad se transforma en el derecho fundamental a no sufrir discriminación” (REY MARTÍNEZ: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, p.110).

⁶²⁴ Pues, como ha señalado la Organización Internacional del Trabajo, “toda discriminación produce efectos desiguales que ponen a las víctimas en una situación de desventaja, lo cual dificulta su acceso a oportunidades de empleo y, a mayor abundamiento, a la igualdad de trato en el lugar de trabajo” (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Conferencia Internacional del Trabajo. 96 .a reunión, 2007.Informe I (B), disponible [en línea] en: <http://www.ilo.org/>, p.10 [citado en mayo de 2015]).

⁶²⁵ ERMIDA URIARTE, Oscar: “Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 26, Iustel, Madrid, 2011, p.9. Al respecto, García Murcia afirma que, “si la regla de la igualdad parece actuar en positivo, reclamando un trato igual para quienes se encuentran en igualdad de condiciones (y permitiendo la diferencia en situaciones distintas, o en circunstancias justificadas), la regla de no discriminación quiere desplegar sus efectos de una forma eminentemente negativa y en apariencia mucho más contundente, pues quiere actuar sobre todo como prohibición de la diferencia (GARCÍA MURCIA: “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, p.393).

Además del cambio en la comprensión de discriminación desde la idea de cualquier distinción arbitraria o la interdicción de aquellas que atentan a la dignidad de específicos colectivos vulnerables, se presenta una segunda línea de evolución. Esta dice relación con la autonomía que adquiere la prohibición de la discriminación respecto de los otros derechos.

Es posible constatar que desde una concepción de la discriminación siempre en referencia otro derecho que ha sido reconocido como fundamental, sea por las constituciones o por los instrumentos internacionales, se ha planteado y en algunos casos reconocido normativa y jurisprudencialmente una noción de discriminación con entidad propia. Esto supone entender que la no discriminación no es un mero “canon de regularidad jurídica del ejercicio de otros derechos”⁶²⁶. En esta comprensión, estaremos frente a una discriminación cuando exista una distinción, exclusión o preferencia, asociada a uno de los motivos infames identificados por los ordenamientos, con independencia de que se afecte o no a otro derecho fundamental. Con todo, es posible constatar la persistencia de la vieja comprensión que hace de la no discriminación un derecho dependiente de otros.

Ya desde antiguo se ha afirmado que la igualdad exige no sólo el mismo trato y oportunidades para quienes se encuentran en una misma situación; también reclama un trato diferenciado para quienes se encuentran en condiciones disímiles⁶²⁷. Al tenerse en cuenta estas consideraciones, se han ido abriendo nuevos caminos para el derecho antidiscriminatorio. Se expresa con claridad en la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile (en adelante, STCCh) rol núm. 28-1985, de 8 de abril de 1985, que “la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no benefician o graven a otros que se hallen en condiciones similares”⁶²⁸. Un paso más, en esta misma línea, es lo que se ha

⁶²⁶ PÉREZ DEL RÍO, Teresa; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Fernanda y REY GUANTER Salvador del: *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993, p.25, citado por VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: *Igualdad y no discriminación por razón de género*, p.9.

⁶²⁷ Se ha afirmado que la igualdad “nunca puede ser una igualdad absoluta o una identidad de trato porque, entonces, provocaría situaciones necesariamente injustas” (MONEREO ATIENZA, Cristina: “Artículo 20. Igualdad ante la ley”, en MONEREO ATIENZA, Cristina y MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, 2012, p.456).

⁶²⁸ En idéntico sentido, STCCh rol núm. 53-1988, de 5 de abril de 1988.

planteado en la doctrina de la discriminación por indiferenciación o de la igualdad en la diversidad⁶²⁹. Ésta se expresa con claridad en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, STEDH), asunto Thlimmenos con Grecia, núm. 34369/97, de 6 de abril 2000, que señala que “[l]e droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes”^{630 631}.

Esta noción de la discriminación por indiferenciación, aunque no se confunde con ella, tiene un fundamento común con la figura de las acciones positivas, en tanto ambas suponen que la igualdad y la no discriminación exigen tener en cuenta que en la realidad es posible encontrarse con supuestos de hecho que exigen reconocer la diferencia, sea para no aplicar los mismos criterios a situaciones distintas, sea para adoptar medidas especiales para la superación de tales diferencias, cuando se considere que envuelven injusticias⁶³². Dicho de otro modo, mientras la igualdad formal implica los principios de diferenciación y de equiparación, la igualdad material reclama el principio de la compensación (como vertiente positiva de la igualdad de trato como equiparación)⁶³³.

⁶²⁹ Vid. CARMONA CUENCA, Encarnación: “La prohibición de discriminación (art. 14 CEDH y protocolo 12)”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y GARCÍA ROCA, Francisco Javier (Coord.): *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2005, pp.680 y ss.

⁶³⁰ Existe una reiterada jurisprudencia en orden a que “el principio de igualdad de trato o de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente”. Vid., entre otras, SSTJUE de los asuntos Wood c. Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d’autres infractions, C-164/07, de 5 de junio de 2008; Afton Chemical Limited c. Secretary of State for Transport, C-343/09, de 8 de julio de 2010; Zoi Chatzi contra Ypourgos Oikonomikon, C-149/10, de 16 de septiembre de 2010; Asunto André Grootes c. Amt für Landwirtschaft Parchim, C-152/09, de 11 de noviembre de 2010.

⁶³¹ En un aspecto en particular, la STCE 88/1991, de 25 de abril, se refiere al tratamiento desigual a lo largo del tiempo, expresando que “[l]a desigualdad de trato entre diversas situaciones derivada únicamente de un cambio normativo, y producida tan sólo por la diferencia de las fechas en que cada una de ellas tuvo lugar, no encierra discriminación alguna, y no es contraria al principio de igualdad ante la Ley”.

⁶³² Esta comprensión supone tener en cuenta “la posición real en que se encuentran los ciudadanos, para establecer y aplicar en ocasiones normas aparentemente desiguales con la finalidad de conseguir la equiparación real de personas que se encuentran en una situación continuada de inferioridad social” (CARMONA CUENCA: “La prohibición de discriminación...”, p.681).

⁶³³ Vid. MONEREO ATIENZA, Cristina: “Artículo 21. Principio de no discriminación”, en MONEREO ATIENZA, Cristina y MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, 2012, pp.470 y ss.

Aunque normalmente, a efectos normativos y de estudio, suele realizarse un tratamiento separado de los diversos motivos de discriminación, como de hecho lo haremos en este trabajo, es necesario tener presente que en muchas ocasiones ellos están fuertemente relacionados, de modo que puede producirse el fenómeno de la discriminación múltiple. En este sentido, la OIT llama la atención sobre el hecho de que “las personas viven la discriminación en el mercado de trabajo de diversas maneras” y que “la intensidad o la gravedad de las desventajas que afrontan dependen del número de características personales que suscitan discriminación y de la manera en que éstas actúan entre sí”⁶³⁴, pudiendo concurrir en una misma persona más de una condición de aquellas que dan lugar a la discriminación, lo que redundaría en una mayor exclusión⁶³⁵. Como constata la mencionada organización, “las desventajas o penurias que las mujeres padecen debido a su género son indisociables de aquellas que surgen de otros atributos o identidades personales vinculados a la religión, la raza o la ascendencia nacional”⁶³⁶. La OIT hace presente que, “cuando se llegó a la conclusión de que en lo que tradicionalmente se entendía por discriminación fundada en algún criterio en particular (por ejemplo, la discriminación racial) no se habían tomado en consideración las experiencias particulares de determinados subgrupos (por ejemplo las mujeres), se optó por un análisis transversal”, y, de este modo, “[a] partir de allí, este tipo de análisis ha evolucionado hasta hacer comprender que todos los motivos de discriminación pueden actuar entre sí y provocar casos de discriminación singulares”⁶³⁷. Si en este trabajo, como en buena parte de la normativa y de doctrina, se efectúa un tratamiento por separado de los distintos motivos o criterios de discriminación, ello obedece a opciones

⁶³⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *La hora de la igualdad en el trabajo. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 91.ª reunión, 2003, Informe I (B), p.40.

⁶³⁵ Respecto de alguno de los ámbitos en que se produce este tipo de discriminación, se consigna en el Informe Global de 2007 de la OIT que “se reconoce cada vez más que la situación desfavorable en que se hallan los trabajadores domésticos radica fundamentalmente en la discriminación directa y la indirecta basadas en motivos de sexo o edad, a menudo sumada a la condición de migrante o a la pertenencia a una etnia” (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *La igualdad en el trabajo*, p.122).

En España, la Ley Orgánica 3/2007, en su artículo 20 c) respecto de la adecuación de las estadísticas y estudios al objeto de hacer efectivas las disposiciones contenidas en dicha Ley establece que los poderes públicos, en la elaboración de sus estudios y estadísticas, deberán “diseñar e introducir los indicadores y mecanismos necesarios que permitan el conocimiento de la incidencia de otras variables cuya concurrencia resulta generadora de situaciones de discriminación múltiple en los diferentes ámbitos de intervención”.

⁶³⁶ *Ibidem*. Al respecto, en el mismo informe, por ejemplo, se deja constancia que “en el Brasil, un reciente desglose de datos sobre el mercado de trabajo por colores y sexos evidenció que en los últimos años las disparidades entre mujeres blancas y mujeres negras en términos de tasas de empleo y desempleo, así como de salarios, se habían agudizado” (p.41).

⁶³⁷ *Ibidem*, p.41.

metodológicas, que permite abordar con mayor claridad ciertos aspectos. Ello no supone desconocer el fenómeno, o más bien, el drama de la discriminación múltiple⁶³⁸.

3.1.1.2. *Igualdad y no discriminación en el Derecho español y chileno.*

Antes de considerar la normativa internacional y supranacional sobre la igualdad y no discriminación y la interpretación y aplicación que de ella se ha efectuado, quisiéramos hacer una breve revisión del panorama normativo sobre la materia en España y Chile. En este apartado, tal reconocimiento lo efectuaremos respecto de la normativa general en materia de igualdad y no discriminación, sin perjuicio de que podamos más adelante, al tratar en particular de la discriminación en razón del sexo hacer mención a alguna norma en particular.

En España, en la definición misma del sistema constitucional se encuentra comprometida la noción de igualdad, tal y como se expresa artículo 1º de la Constitución, al señalarse que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Esta afirmación de la igualdad se ve reafirmada por lo dispuesto en el artículo 14, al disponer que “los españoles son iguales ante la ley”. Pero el texto constitucional no se limita a afirmar el principio de la igualdad, sino que va más allá en la disposición recién citada, al agregar las expresiones “sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Sobre el principio de igualdad reconocido en la Carta fundamental se ha constatado que el Tribunal Constitucional español, en general, se ha limitado más bien a un control de razonabilidad de las medidas que involucran una diferencia de trato. Específicamente, en lo que se refiere a las relaciones laborales, ha evitado poner en cuestionamiento tanto los tratamientos desiguales a favor del trabajador respecto del

⁶³⁸ Por lo que cabe tener presente la advertencia de que “[l]os enfoques jurídicos que exigen que cada motivo de discriminación prohibido se aborde por separado y de manera independiente podrían resultar inadecuados para reflejar la forma en la que las personas viven la discriminación múltiple” (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, 2008, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 1B)*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, 101.ª reunión, 2012, párr. 748.

empleador, como las diferencias de trato normativas entre los trabajadores⁶³⁹. En particular, respecto del principio de igualdad y su relación con el contrato de trabajo, se ha entendido por la jurisprudencia constitucional que no es exigible al empresario un comportamiento similar al que se exige a los poderes públicos⁶⁴⁰, sin llegar a negar su aplicabilidad y teniendo, en todo caso, como límite infranqueable el de la no discriminación⁶⁴¹.

Si bien es cierto, como ya lo hemos adelantado, que la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional entiende el mandato de no discriminación del artículo 14 CE como la interdicción de determinados criterios o motivos de diferenciación que son abiertamente contrarios a la dignidad humana y que han significado una importante desventaja para determinados colectivos (como se expresara con claridad en las ya citadas SSTCE 128/1987 y 19/1989), debemos consignar que la comprensión inicial fue distinta. En un comienzo se entendió que el mandato de no discriminación suponía la prohibición de cualquier distinción arbitraria o injustificada, cualquiera fuera el motivo, evidentemente incluidos los que en la norma se expresan. Esta doctrina de la primera etapa, que ya ha sido dejada de lado, se encuentra presente, entre otras, en las SSTCE 22/1981, de 2 de julio; 34/1981, de 10 de noviembre, y 19/1982, de 5 de mayo.

Por su parte, el artículo 9.2 CE, en la línea de procurar lo que la doctrina ha denominado como igualdad material, establecerá que “corresponde a los poderes

⁶³⁹ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: “Igualdad y no discriminación en el empleo”, en *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, núm.1, 2001, p.465. Destaca este autor que el TCE ha declarado compatibles con el principio de igualdad, entre otras, la diferencia de trato en el despido improcedente según el tamaño de la empresa (STCE 6/1984, de 24 de enero), el establecimiento de una edad máxima de jubilación (STCE 95/1985, de 29 de julio), la diferencia de régimen laboral y de Seguridad Social para diversos colectivos que ha justificado por las características especiales del trabajo (STCE 56/1988, de 24 de marzo), los cambios en los planes de reconversión industrial (STCE 236/1988, de 12 de diciembre), las diferencias en materia de pensión de viudedad entre uniones extramatrimoniales y matrimoniales (STCE 184/1990, de 15 de noviembre). Algunos de estos aspectos no han sido nada pacíficos en el ámbito de la jurisprudencia europea.

⁶⁴⁰ Se afirma en la STCE 161/1991, de 18 de julio, que “el principio de autonomía de la voluntad deja un margen en el que la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales”. Con anterioridad la STCE 59/1982, de 28 de julio había declarado que “para afirmar que una situación de desigualdad de hecho no imputable directamente a la norma [...] tiene relevancia jurídica, es menester demostrar que existe un principio jurídico del que deriva la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados”.

⁶⁴¹ Dice la STCE 177/1988, de 10 de octubre, que “las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato”.

públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

La prohibición de la discriminación, entendida como lo hace la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, es exigible en las relaciones entre particulares y cobra una significativa importancia en las relaciones de trabajo. Es preciso considerar que en el ámbito propiamente laboral, el artículo 35 de la Carta Fundamental, junto con reconocer “el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia”, enfatiza que ello ha de ser “sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”. Es evidente que una aplicación sistemática de las disposiciones constitucionales supone también la interdicción de la discriminación por otros motivos en el ámbito del trabajo.

En coherencia con los preceptos constitucionales, el Estatuto de los Trabajadores, junto al reconocimiento de otros derechos, afirma en el artículo 4.2 c) el derecho “[a] no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español”, añadiendo que, “[t]ampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”⁶⁴². Es posible apreciar que se contemplan circunstancias por las que no es lícito discriminar que no estaban explicitadas en el texto constitucional, pero que pueden enmarcarse dentro del concepto de cualquier otra condición o circunstancia personal o social que utiliza la Constitución. Este concepto alude, “o bien a rasgos de la persona, o bien a su pertenencia a un colectivo social muy singularizado, o bien al ejercicio de derechos básicos o fundamentales”⁶⁴³.

⁶⁴² El Capítulo III de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, introdujo medidas para la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación, en particular por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Esta ley modificó el texto del artículo 4 en el marco de las referidas medidas.

⁶⁴³ GARCÍA MURCIA: “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, p.397.

Complementariamente, el artículo 17 ET establece la nulidad de los “preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español”. En este artículo aparecen, adicionalmente, otras circunstancias por las que no es lícito discriminar. Dispone, asimismo, que serán igualmente nulas “las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”, disposición, esta última, que se vincula al concepto de garantía de indemnidad⁶⁴⁴.

Encontramos a lo largo del Estatuto de los Trabajadores una serie de preceptos que concretan en diversos ámbitos este principio de no discriminación. Entre ellos podemos mencionar: el artículo 12.4 d) que expresa que los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo; el artículo 15.6, que en similar sentido establece que los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida; el artículo 16 sobre ingreso al trabajo y la acción de las agencias de empleo; el artículo 22.4 sobre sistema de clasificación profesional con reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo; artículo 24.2 sobre criterios de ascenso en la empresa; el artículo 28 sobre igualdad de remuneración por razón de sexo. El artículo 54, sobre despido disciplinario, considera como incumplimiento contractual el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad

⁶⁴⁴ Se ha señalado que tal protección ante la represalias, aunque produce los mismos efectos que la prohibición de la discriminación (nulidad de los actos y facilidades procesales), no se identifica necesariamente con la misma, puesto que “el acto de represalia es en sí mismo un acto lesivo, pero sólo es discriminatorio, en sentido técnico, si a la vez supone un trato desfavorable respecto de otros” (GARCÍA MURCIA: “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, p.398). No nos parece que, en la práctica, sea tan clara esa distinción, puesto que, si por ejemplo, a una trabajadora se le discrimina por su condición de mujer y, luego, sufre represalias por reclamar dicha situación, ambas conductas están íntimamente relacionadas, constituyéndose en dos momentos de un mismo trato peyorativo.

u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa. Particularmente, al despido con móvil discriminatorio⁶⁴⁵, con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador y a la decisión extintiva vinculada a la maternidad y paternidad y a las víctimas de la violencia de género⁶⁴⁶, se referirán los artículos 53 y 55 del Estatuto de los Trabajadores, relativos a la forma y efectos de la extinción por causas objetivas y a la forma y efectos del despido disciplinario, respectivamente, estableciendo la nulidad de la acción extintiva. El artículo 68 c), respecto de los representantes de los trabajadores, prohíbe la discriminación en su promoción económica o profesional en razón, precisamente, del desempeño de dicho rol.

Es importante tener también en consideración la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social⁶⁴⁷. En este cuerpo normativo se califican como infracciones muy graves las conductas discriminatorias y el acoso⁶⁴⁸ y se establece un

⁶⁴⁵ Si bien en el texto original del Estatuto de los Trabajadores, Ley 8/1980, no se contemplaba mención alguna en estos artículos al despido con móvil discriminatorio, con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, dichas disposiciones fueron posteriormente modificadas por la Ley 11/1994, de 19 mayo, quedando incorporadas en el texto del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁶⁴⁶ Estas últimas incorporadas por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y complementadas por Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

⁶⁴⁷ Cuyo texto fue refundido por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

⁶⁴⁸ Así se contempla en el artículo 8, sobre las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación (núm.12), el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma (núm.13), y el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo (núm.13 bis); artículo 9.2 d), sobre las decisiones adoptadas en aplicación de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación, favorable o adversa, por razón del sexo, nacionalidad, lengua, estado civil, condición social, ideas religiosas o políticas y adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio, en general, de las actividades sindicales; artículo 10.2 d), sobre las decisiones adoptadas en aplicación de la Ley sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, que contengan o supongan cualquier tipo de discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas por razón de sexo, nacionalidad, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a un sindicato, a

sistema sancionatorio, que considera sanciones accesorias para determinados supuestos de discriminación⁶⁴⁹.

Es pertinente tener presente también la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, debiendo destacarse el artículo 96, en materia de la carga de la prueba en casos de discriminación⁶⁵⁰. Es necesario, además, tener en consideración que en su articulado existen una serie de disposiciones sobre la discriminación⁶⁵¹.

sus acuerdos o al ejercicio, en general, de las actividades sindicales, o lengua; artículo 16.2, respecto de la solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado.

⁶⁴⁹ Por su parte, el artículo 46 bis establece, junto al régimen común, sanciones accesorias para los casos de discriminación tipificados en los apartados 12, 13 y 13 bis) del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16, consistente en la pérdida de las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, y en la eventual exclusión del acceso a tales beneficios por un período de seis meses a dos años. Tratándose de los casos tipificados en el apartado 12 del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 en los supuestos de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, se considera la posibilidad de sustituir las referidas sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa.

⁶⁵⁰ Que señala que “[e]n aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

⁶⁵¹ Podemos citar: artículo 2 f), dispone que los órganos jurisdiccionales del orden social, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan sobre tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso; artículo 26.2, se refiere a la acumulación de acciones y la reclamación de la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales y libertades públicas y demás pronunciamientos propios de la modalidad procesal de tutela de tales derechos fundamentales y libertades públicas; artículo 95 trata acerca de la facultad del juez o tribunal para recabar el dictamen de los organismos públicos competentes, cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo, orientación sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad o acoso; artículo 108.2, sobre calificación del despido por la sentencia como nulo si tiene como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador; artículo 122.2 a), respecto de la calificación como nula de la decisión extintiva del contrato por causas objetiva, cuando resulte discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador; artículo 138, relativa a la declaración de nulidad de la decisión empresarial de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador; artículo 148, sobre el procedimiento de oficio que podrá iniciarse como consecuencia de las actas de infracción o comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo y en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente, como también en los supuestos de discriminación por razón de origen racial o étnico, religión y convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual u otros legalmente previstos; artículo 149, sobre los requisitos de la demanda de oficio en particular la expresión de los hechos que se estiman constitutivos de

España cuenta con disposiciones sobre igualdad y no discriminación en leyes que tienen incidencia en las relaciones de trabajo, aunque se refieran, además, a otros ámbitos⁶⁵². Entre éstas, tiene un lugar destacado la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que considera diversos ámbitos y no sólo el laboral. En su artículo 3 se establece que “el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”. Se ha destacado que con esta ley se ha pretendido “pasar definitivamente de un sistema de sanción al trato desigual, a uno de prevención; del reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, al de la igualdad de oportunidades, con la previsión de políticas activas para hacer efectivo y real el derecho a la igualdad de género”⁶⁵³. La Ley Orgánica 3/2007 incorpora explícitamente normas de contenido laboral y en su Título IV se refiere al derecho al trabajo en igualdad de oportunidades.

La Constitución Política de Chile, en su artículo 19 núm.16, prohíbe “cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”. Esta interdicción de la discriminación en el ámbito laboral se enmarca en el principio de igualdad, que se encuentra en las bases del ordenamiento constitucional, consagrado en

discriminación; artículo 165, sobre la legitimación activa para impugnar un convenio colectivo, que además de los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones, empresariales interesadas, así como al Ministerio Fiscal, a la Administración General del Estado y a la Administración de las Comunidades Autónomas su respectivo ámbito, considera, a los efectos de impugnar las cláusulas que pudieran contener discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo, al Instituto de la Mujer y a los organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas; artículo 177, que se refiere a la legitimación en el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios, y que dispone que la víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas pueda dirigir sus pretensiones, tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario; artículo 183, sobre el pronunciamiento en la sentencia acerca de la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

⁶⁵² Por ejemplo, puede mencionarse el artículo 23 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; artículos 4 y ss. de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; artículos 27 y ss. de Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato).

⁶⁵³ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena: “Objeto y ámbito de la ley”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen y SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente (Dir.): “Comentarios a la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, Thomson Aranzadi, 2008, p.49.

el artículo 1° de la Carta fundamental, mediante la afirmación de que “[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y el reconocimiento del “derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. El mismo artículo 19 en su núm.2° consagra la igualdad ante la ley, la negación de los privilegios y la prohibición del establecimiento de diferencias arbitrarias, mientras que en el núm.3° garantiza la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

A diferencia de otros textos constitucionales e instrumentos internacionales, la Constitución Política chilena, al prohibir la discriminación, no identifica determinados motivos como criterios inaceptables de diferenciación. Para Caamaño Rojo, el constituyente “ha entendido ampliamente el derecho a la no discriminación, lo que se manifiesta en la circunstancia de no haber introducido una enumeración o enunciación de criterios de diferenciación injustificados o arbitrarios, sino que ha excluido, con bastante acierto, cualquier motivo o criterio que no se base en la capacidad o idoneidad personal, esto es, prohíbe cualquier criterio de diferenciación carente de fundamentación objetiva y razonable”⁶⁵⁴. El autor citado, al valorar positivamente esta opción del constituyente, señala que este “ha dado un paso adelante frente al método seguido por el Convenio 111 de la OIT y por otros instrumentos internacionales, en los que la prohibición de discriminación va estrechamente asociada a la enunciación explícita de criterios de diferenciación prohibidos, tales como la religión, el sexo o la raza”⁶⁵⁵. Somos de la opinión de que si bien, efectivamente, el texto constitucional posibilita que la ley o la jurisprudencia puedan, a través del tiempo, ir identificando motivos en virtud de los cuales no sería legítimo distinguir, está concebido en una lógica formal de la discriminación y no se hace cargo de la dimensión material, al no identificar aquellos criterios más odiosos y persistentes que la sociedad aspira a erradicar. Con todo, cabe consignar que el ordenamiento chileno es posible identificar estos criterios, toda vez que se encuentran explicitados en el Convenio núm.111 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile y que se encuentra vigente, junto a la definición de los actos de discriminación del artículo 2° del Código del Trabajo. Ambas normativas coinciden en señalar como motivos discriminatorios en el empleo y la ocupación la raza, el color, el sexo, la religión, la opinión política, la ascendencia nacional y el origen

⁶⁵⁴ CAAMAÑO ROJO, Eduardo: “La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XIV, julio 2003, p.30.

⁶⁵⁵ *Ibidem*.

social. El Código del Trabajo agrega dentro de estos motivos inadmisibles la edad⁶⁵⁶, el estado civil, la sindicación⁶⁵⁷ y la nacionalidad⁶⁵⁸. Como señaláramos, el mismo Convenio núm.111 considera que los ordenamientos nacionales puedan especificar cualquier otro motivo.

Respecto de la enumeración de motivos en el Código del Trabajo, a pesar de su redacción, no es posible sostener una visión restrictiva, que sólo estime los mencionados en la normativa como criterios sospechosos y que, por tanto, únicamente ellos puedan dar lugar a discriminaciones en el ámbito laboral. Creemos que ello no sería concordante con la opción del constituyente de prohibir cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal. Lo que hace el legislador es identificar ciertos motivos que histórica y actualmente son considerados como especialmente odiosos, perjudicando gravemente a determinados colectivos. Luego, ello no significa que en el ámbito laboral exista espacio para que se distinga, excluya o prefiera arbitrariamente, sobre la base de criterios ajenos a la capacidad o idoneidad personal⁶⁵⁹. Claramente la disposición constitucional citada es más extensiva que la del Código del Trabajo, y, desde nuestra perspectiva, debemos entender que los motivos en que se basan los actos de discriminación señalados en el artículo 2° de este cuerpo legal constituyen una enumeración no taxativa, pudiéndose reconocer eventualmente otros motivos que pudieran dar lugar a una discriminación reprochable.

Si bien el Código del Trabajo define los actos de discriminación como las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en determinados motivos que tengan

⁶⁵⁶ Con todo, es necesario recordar que la propia Constitución establece que la ley puede exigir límites de edad para determinados casos. En esta línea, cabe tener presentes las normas relativas a la capacidad para contratar y al trabajo de los menores (artículos 13 y ss. del Código del Trabajo). Es preciso enfatizar que la posibilidad de utilizar este criterio de distinción está reservada a la ley.

⁶⁵⁷ El Convenio núm.98 de la OIT se refiere a los actos de discriminación tendientes a menoscabar la libertad sindical.

⁶⁵⁸ Sin embargo, la Constitución dispone que la ley puede exigir la nacionalidad chilena para determinados casos. El artículo 19 del Código del Trabajo establece que el ochenta y cinco por ciento, a lo menos, de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador será de nacionalidad chilena, en la medida que esta empresa cuente con más de veinticinco trabajadores. Nuevamente, cabe tener presente que el texto constitucional sólo permite que sea la ley la que utilice este criterio.

⁶⁵⁹ Vid. UGARTE CATALDO José Luis: *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2009, p.34, y CAAMAÑO ROJO: “La tutela del derecho a la no discriminación...”, pp.30-31. Este último autor privilegia la aplicación del criterio constitucional y considera inconveniente “la técnica legislativa de ir agregando a este inciso criterios o factores de diferenciación prohibidos, ya que ello obligaría a actualizar constantemente esta disposición del Código del Trabajo, considerando que los criterios de diferenciación que pueden dar lugar a un caso de discriminación son prácticamente ilimitados” (*Ibidem*).

por “objeto” anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, el Convenio núm.111 de la OIT señala como discriminatorias tales conductas que tengan por “efecto” anular o alterar tal igualdad. En atención a ello cabe consignar que en este ordenamiento serán discriminatorias las conductas activas u omisivas que tengan dicho propósito, aun incluso cuando no lo alcancen, y aquellas que, aunque no lo persigan, tengan dicho efecto. En este sentido, aunque no se explicita claramente en la normativa, opinamos, junto a otros autores⁶⁶⁰, que en el concepto de discriminación se encuentra incluida la noción de discriminación indirecta. Ello no obsta a que sería deseable que el legislador lo explicitara como se hace en otros ordenamientos.

Concordante con lo dispuesto por la Constitución Política y por el Convenio núm.111, el Código del Trabajo señala que “no se consideran discriminación las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado”.

La legislación chilena considera que la discriminación no sólo puede producirse durante la relación laboral y con motivo de su terminación, sino que también en fases previas a la contratación o al momento de contratar. En esa línea, han existido reformas orientadas especialmente a explicitar las hipótesis de discriminación en las ofertas de trabajo⁶⁶¹ y a prohibir el condicionamiento de la contratación a la situación económica financiera del eventual trabajador, en tanto tal consideración no se base en la capacidad idoneidad personal para el ejercicio de una actividad laboral.

Por otra parte, la ley núm. 20.348, publicada en el Diario Oficial de 19 de junio de 2009, introdujo varias enmiendas en el Código del Trabajo, destinadas a resguardar el derecho a la igualdad en las remuneraciones entre hombres y mujeres. Junto con reafirmar el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, se estableció un procedimiento de reclamación al interior de la empresa y se dispuso que

⁶⁶⁰ *Vid.*, entre otros UGARTE CATALDO José Luis: *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, p.35.

⁶⁶¹ La Dirección del Trabajo, mediante dictamen 698/16, de 11 de febrero de 2003, ha señalado que la infracción de la norma, cuya finalidad es la protección de un derecho constitucional violentado por la vía de ofertas por cualquier medio, debe sancionarse “en conformidad a la ley laboral, esto es, aplicando el Servicio y sus fiscalizadores las multas laborales que corresponda”. El mismo dictamen señala que debe ser sancionada con las multas administrativas contempladas en el Código del Trabajo.

las denuncias al respecto se sustancien en conformidad al procedimiento de tutela laboral.

La tutela jurisdiccional de la discriminación laboral en Chile ofrece distintos cauces: la acción de protección establecida en la Constitución Política, el procedimiento de tutela laboral regulado en el párrafo 6°, del Capítulo II, del Libro V, del Código del Trabajo, y la nueva acción de no discriminación arbitraria, introducida por la ley núm. 20.609, publicada en Diario Oficial de 24 de julio de 2012.

Ha existido cierta discusión en torno a si la acción de protección ampara o no frente a situaciones de discriminación en el ámbito laboral⁶⁶². Más allá de esa discusión, hay un cierto consenso en orden a que esta vía para la tutela de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución, a lo largo de los años, se ha mostrado “absolutamente inútil para la tutela de dichos derechos en la relación laboral”⁶⁶³. Por una parte, frente al ejercicio de esta acción, en la medida que se considere admisible frente a la discriminación laboral, los tribunales sólo podrán disponer las providencias

⁶⁶² El artículo 20 de la Constitución Política establece la acción de protección respecto de diversos derechos consagrados en el artículo 19 de la Carta fundamental. Al referirse al numeral 16° lo hace sólo respecto a la libertad de trabajo, el derecho a su libre elección y a la libre contratación (derechos que estarían contenidos en los incisos primero y segundo), y a lo establecido en el inciso cuarto. Este inciso cuarto dispone que “[n]inguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así”, agregando que “[n]inguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos”. Lo anterior ha llevado a que se afirme que la no discriminación en materia laboral, expresada en el inciso tercero, no se encontraría tutelada por dicha acción. Sin embargo, hay quienes han sostenido, en sentido contrario, que la interdicción de la discriminación se encuentra estrechamente relacionada con la libertad de trabajo, orientándose precisamente a su protección, y que la no discriminación en el ámbito laboral, expresada en el numeral 16 del artículo 19, es una concreción del principio de igualdad⁶⁶², reconocido en el numeral 2 y respecto del cual procede la acción de protección⁶⁶². En esa línea se ha sostenido que “no cabe duda que esta disposición no es más que una manifestación particular del principio jurídico de igualdad (Art. 19, N° 2 C.P.E.), cuya incorporación en el citado numeral de la libertad de trabajo se explica más bien por la materia que por su contenido” (CASTRO CASTRO, José Francisco: “Discriminación en las relaciones laborales. Algunos casos particulares”, en *Boletín Dirección del Trabajo*, N° 146, marzo de 2001, p.10). Así, la propia Corte Suprema ha sostenido en los informes que ha emitido con ocasión de la tramitación del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, Boletín N° 3815-07, que “[a] juicio del máximo tribunal, en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República «se regula de algún modo la no discriminación y, frente a la amenaza, perturbación o privación del legítimo ejercicio de este derecho, se concede el recurso de protección». Además, señaló: «(...) este Tribunal es de opinión que el derecho a la no discriminación está suficientemente abordado, regulado y cautelado en el ordenamiento jurídico vigente, por lo que no se aprecia la necesidad de establecer acciones adicionales y especiales para su resguardo»” (Ver oficios N° 58 de 3 de mayo de 2005 y N° 96 de 23 de junio de 2008). De manera que, en virtud de dichas argumentaciones, podría recurrirse a esta acción constitucional.

⁶⁶³ UGARTE CATALDO José Luis: “La tutela de derechos fundamentales y el Derecho del Trabajo: de erizo a zorro”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XX número 2, 2007, p.60.

que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Es decir, en el caso de obtenerse un pronunciamiento favorable, se podría lograr la inhibición de la conducta discriminatoria y, eventualmente, en determinadas condiciones bastante particulares, podría implicar que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse el acto discriminatorio. Sin embargo, este mecanismo de tutela carece de una dimensión reparatoria, de modo que para obtener una indemnización de perjuicios será necesario hacer valer esa pretensión ante otro tribunal. Tampoco es posible mediante esta acción de protección obtener la sanción del sujeto que discrimina. Por otra parte, en materia de prueba, la acción de protección no considera normas especiales en relación *onus probandi*, lo que resulta una limitación importante tratándose de discriminación laboral.

El procedimiento de tutela laboral de los derechos fundamentales se aplica para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° del Código del Trabajo. El inciso primero del artículo 485 del Código del Trabajo se refiere a derechos fundamentales de los trabajadores para los que resulta aplicable este procedimiento, señalándose explícitamente que se encuentran consagrados en la Constitución Política de la República, indicando precisamente su ubicación en el artículo 19 de la misma⁶⁶⁴; sin embargo, el inciso segundo, al referirse a la discriminación, se remite exclusivamente al artículo 2 del Código del Trabajo⁶⁶⁵. No creemos que ello signifique restringir este procedimiento exclusivamente a los prohibidos de discriminación en ese artículo, toda vez que la Constitución es de aplicación directa, incluso en las relaciones entre particulares⁶⁶⁶, de modo que vedándose por ella en el ámbito laboral toda discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal estaremos frente a

⁶⁶⁴ Entendiéndose por éstos “los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1°, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4°, 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto”.

⁶⁶⁵ Señala que “[t]ambién se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto”. Al respecto, Ugarte Cataldo denuncia los recortes o “zarpazos” que se produjeron en este ámbito fruto de la negociación política parlamentaria, limitándose el procedimiento de tutela “al derecho a la no discriminación laboral del artículo 2° del Código del Trabajo, en principio más restringido y mezquino que el derecho a la no discriminación laboral del artículo 19 número 16 de la Constitución, cosa que podría afectar con el tiempo a colectivos típicamente discriminados como los portadores de VIH y los consumidores de drogas”. Con todo, el citado autor considera la posibilidad de que se recurra al principio de interpretación conforme a la Constitución (UGARTE CATALDO: Tutela de derechos fundamentales del trabajador, p.34).

⁶⁶⁶ De acuerdo al inciso segundo del artículo 6° “[l]os preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

una vulneración de este derecho fundamental, aunque el motivo no se encuentre dentro de los explicitados por el artículo 2º⁶⁶⁷.

Cabe consignar que expresamente en el inciso primero del artículo 485 el legislador circunscribe el procedimiento de tutela a las cuestiones suscitadas en la relación laboral, de modo que excluyó aquellas que se produzcan con anterioridad a la contratación. El inciso segundo, específicamente, exceptúa de la aplicación de este procedimiento los actos de discriminación contemplados en el inciso sexto del citado artículo; es decir, aquellos referidos a las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio.

Mediante el procedimiento de tutela laboral no sólo se persigue que el tribunal declare la existencia o no de la lesión de derechos fundamentales que se denuncia. Este tiene un carácter inhibitorio, en tanto el tribunal debe ordenar el cese inmediato del comportamiento antijurídico. Además considera una dimensión reparatoria, ya que el tribunal debe indicar concretamente las medidas dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, incluyendo la determinación de indemnizaciones. La tutela es además restitutoria, en cuanto el tribunal debe velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración constatada. Finalmente, este procedimiento tiene una dimensión sancionatoria, en tanto puede dar lugar a la aplicación de multas. Cabe destacar que, en materia de restitución y reparación, cuando el juez declare que el despido es discriminatorio por haber infringido lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 2º de este Código, y además ello sea calificado como grave, mediante resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones que establece el artículo 489⁶⁶⁸.

⁶⁶⁷ Por lo demás, ya hemos señalado anteriormente nuestra opinión en orden a que el listado de motivos por los cuales está vedado distinguir, excluir o preferir no puede estimarse cerrado exclusivamente a los enunciados, si bien son ellos motivos especialmente reprochables.

⁶⁶⁸ Correspondientes al pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual. En caso de que el trabajador opte por la indemnización, ésta será fijada incidentalmente por el tribunal que conozca de la causa. No obstante las observaciones que pueda merecer que sólo se contemple la reincorporación para el despido discriminatorio calificado de grave y no para las restantes hipótesis de despidos vulneratorios de derechos fundamentales (*Vid.* UGARTE CATALDO: Tutela de derechos fundamentales del trabajador, pp.92 y ss.), debe destacarse que al menos se haya establecido para ese caso.

Otro aspecto a subrayar es el probatorio, ya que en este procedimiento tutelar, cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad, alterándose el *onus probandi*.

Más recientemente, la ley núm. 20.609 ha establecido medidas contra la discriminación. Si bien la normativa no es específicamente laboral, resulta también aplicable en este ámbito. Esto es particularmente interesante respecto de aquellos aspectos que no estarían adecuadamente protegidos mediante el procedimiento de tutela laboral⁶⁶⁹. El propósito de esta ley es crear una nueva acción de no discriminación arbitraria; sin embargo, es pertinente señalar que, lejos de limitarse a ser una regulación meramente procesal, contiene normas sustantivas.

Sobre su contenido, nos parece pertinente consignar que la reciente ley no reconoce la autonomía del derecho a no discriminación respecto de los otros derechos fundamentales, sino que lo entiende como un criterio de regularidad jurídica en el ejercicio de estos últimos⁶⁷⁰.

⁶⁶⁹ La CEACR de la OIT ha pedido al Gobierno de Chile que indique el modo en que se articulan en la práctica el Código del Trabajo y la ley núm. 20.609 en cuanto a los criterios establecidos y en cuanto a las acciones disponibles a favor de las víctimas (Observación CEACR, adopción: 2012, publicación: 102ª reunión CIT, 2013).

⁶⁷⁰ El inciso segundo del artículo 1º, refiriéndose al rol de los órganos de la Administración en las políticas sobre la materia se refiere a la discriminación arbitraria en “el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Del mismo modo, al definir para los efectos de esta ley, en el artículo 2º, la discriminación arbitraria entiende por tal “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, en particular cuando se funden determinados motivos que la norma señala.

Con fecha 5 de enero de 2012, un grupo de Diputados dedujo ante el Tribunal Constitucional un requerimiento de inconstitucionalidad respecto del artículo 2º del proyecto de ley sobre la base de que, en concepto de los legisladores recurrentes, la aludida disposición “vulnera [...] el artículo 19 N° 2 de la Constitución en relación a su artículo 20, pues la Carta Fundamental sólo requiere que se esté en presencia de una discriminación arbitraria que tenga esa característica, sin requerir que, con ella, se vulnere, además, otro derecho fundamental y así también basta para accionar de protección”. El requerimiento no fue admitido a tramitación, pues para el Tribunal Constitucional en él “no se satisfacen las exigencias contenidas en el inciso primero del artículo 63 de la Ley N° 17.997 para admitir a tramitación el requerimiento y que son esenciales para que se configure con certeza la competencia específica de esta Magistratura en el caso concreto sometido a su conocimiento” (Rol N° 2160-12-CPT).

Por otra parte, en la identificación de los motivos en virtud de los cuales no es legítimo discriminar, se establece un catálogo abierto, utilizando la expresión “tales como”, sin perjuicio de que se mencionan algunos motivos que en nuestro tiempo se han descrito como reprobables. El texto menciona “la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”⁶⁷¹. El texto dispone que estos motivos o categorías “no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público”.

De acuerdo a esta ley, se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental⁶⁷² o en otra causa constitucionalmente legítima. ¿Puede en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental discriminarse sobre un criterio que previamente se ha definido como un criterio reprochable de distinción? Uno podría sostener que lo normal es que no sea así, y que sólo excepcionalmente podríamos encontrar hipótesis en que fuese eventualmente admisible. Entonces, ¿por qué dotar a tal ejercicio de una suerte de presunción de razonabilidad?⁶⁷³.

⁶⁷¹ El catálogo de motivos discriminatorios es más amplio que el del Código del Trabajo, incorporando categorías no explicitadas en este último. Con todo, la CEACR de la OIT, al tiempo que toma nota de la inclusión de nuevos criterios de discriminación, ha observado que “los criterios de color, ascendencia nacional y origen no figuran en la enumeración propuesta por la ley”, criterios que figuran, sin embargo, en el artículo 2 del Código del Trabajo (Observación CEACR, adopción: 2012, publicación: 102ª reunión CIT, 2013).

⁶⁷² En especial los referidos en los números 4° (respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia), 6° (libertad de conciencia, creencia y culto), 11° (libertad de enseñanza), 12° (libertad de opinión e información), 15° (libertad de asociación), 16° (libertad de trabajo, justa retribución, no discriminación laboral, negociación colectiva y huelga) y 21° (derecho a desarrollar cualquiera actividad económica) del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

⁶⁷³ El texto aprobado inicialmente señalaba que tales distinciones, exclusiones o restricciones se considerarán “siempre” razonables, palabra que se consideró como innecesaria y peligrosa y que llevó a algunos a temer que se estuviera incorporando una suerte de presunción de Derecho (*Vid.* Informe de la Comisión Mixta, recaído en el proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, Boletín N° 3.815-07, p.4, 10, 29-30). En sentido contrario, hay a quienes sostuvieron que la utilización de la expresión “siempre” era adecuada, al enfatizar que la ley es infraconstitucional y que primarían los derechos o causas constitucionalmente legítimas (*vid. ibidem.*, p.13). Al respecto cabe puntualizar que el derecho a no discriminación tiene una carácter constitucional y es en relación a él que se podría producir una colisión de derechos. No se trata de un problema de jerarquía normativa, pues no es esta ley la que está consagrando el derecho a la no discriminación, sino que estamos frente a un desarrollo legislativo en torno a un derecho fundamental consagrado en la Constitución. Aunque finalmente se haya eliminado la expresión “siempre”, la norma merece ser observada, en tanto podría estar estableciendo *a priori* una

3.1.1.3. *Igualdad y prohibición de la discriminación en los instrumentos internacionales y supranacionales*

El artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma la libertad e igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos. Consecuencia de dicha afirmación es el establecimiento de la norma de no discriminación, en el artículo 2°, que expresa que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” y que, además, “no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona”. Lo preceptuado en estos artículos iniciales se ve reforzado por lo dispuesto en el artículo 7 de la misma Declaración, que señala por una parte que “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley” y, por la otra, dispone que “todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”, y el artículo 14, que prevé que “todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, asimismo, aborda este derecho, estableciendo en su artículo 26 que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley”. Agrega la citada disposición que, “a este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”⁶⁷⁴.

suerte de jerarquía entre los derechos fundamentales, otorgando un privilegio de razonabilidad a favor de los otros derechos, en perjuicio del derecho a no ser discriminado. Hasta ahora existe un amplio consenso en la doctrina y jurisprudencia en orden a que en Chile no hay una jerarquía de los derechos fundamentales, por lo que en el caso concreto de una colisión entre ellos ha de recurrirse a la ponderación. Es perfectamente posible la existencia de hipótesis de un ejercicio en principio legítimo de un derecho que se traduzca en una discriminación. Se trata precisamente de casos en que será necesario recurrir al test de proporcionalidad.

⁶⁷⁴ Por otra parte, si bien el pacto admite, en su artículo 4, que “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente”, los Estados adopten disposiciones que, “en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto”, ello se condiciona a que “tales disposiciones no sean

Por su parte, el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su artículo 2.2, establece que los Estados “se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos⁶⁷⁵ que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”⁶⁷⁶.

La Declaración y los Pactos citados, como es posible constatar, se refieren tanto al principio de igualdad como al de no discriminación. Respecto de este último, el concepto es más bien formal, entendiendo la no discriminación en relación a los restantes derechos reconocidos por los instrumentos y no como un derecho con entidad propia e independiente. Respecto de los motivos de discriminación, aunque explicitan algunos criterios sospechosos u odiosos, se trata de catálogos abiertos. Revisemos ahora que sucede con los instrumentos regionales de Europa y de América sobre la materia.

El artículo 14 del Convenio Europeo dispone que “[e]l goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna⁶⁷⁷, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Al respecto, es preciso señalar que no se consagra en este instrumento el principio de igualdad, sino sólo la interdicción de la discriminación. Respecto de esta prohibición, el Convenio la circunscribe al goce de los derechos y libertades en él reconocidos⁶⁷⁸. Para una adecuada comprensión de la norma

incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

⁶⁷⁵ Cabe hacer notar que el compromiso de los estados es a adoptar medidas, como se dispone en el artículo 2.1, “hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” y que, como dispone el artículo 2.3 “los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”.

⁶⁷⁶ De similar modo, los artículos 3 de ambos pactos de 1966 disponen que los Estados Partes de ellos se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres en igualdad todos los derechos enunciados en ellos (mientras el Pacto de Derechos Civiles y Políticos habla de “la igualdad en el goce”, el de Derechos Económicos Sociales y Culturales se refiere a “igual título a gozar” de los derechos que enuncia).

⁶⁷⁷ El texto oficial en francés señala “*sans distinction aucune*”, mientras el texto en inglés expresa “*without discrimination*”, siendo este último muchísimo más claro en relación a lo que se buscaba establecer.

⁶⁷⁸ El Protocolo número 12 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado el 4 de noviembre de 2000 (que ha sido ratificado por España), establece en su

es necesario saber que se entiende por distinción discriminatoria; y ello lo ha explicado reiteradamente el TEDH, señalando que *“une distinction est discriminatoire si elle «manque de justification objective et raisonnable», c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un «but légitime» ou s'il n'y a pas de «rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé»*”⁶⁷⁹.

En tanto en el citado artículo subyace una concepción formal de la discriminación, se ha señalado que se trata de un derecho indirecto o de un derecho relacional y dependiente, que debe ser esgrimido en unión con otro derecho garantizado en el Convenio⁶⁸⁰. De este modo lo ha entendido el TEDH, señalando que *“l'article 14, bien qu'il n'ait pas d'existence indépendante, complète les autres dispositions normatives de la Convention et des Protocoles: il protège les individus ou groupements placés dans une situation comparable contre toute discrimination dans la jouissance des droits et libertés qu'elles reconnaissent”*⁶⁸¹. Con todo, cabe tener presente que, aunque no puede ser alegado aisladamente, *“se ha dotado al derecho a no ser discriminado de una utilidad, la de posibilitar la condena por violación de otro derecho cuando, sin el art.14 del Convenio, ello no sería posible”*⁶⁸², como lo ha señalado el TEDH, al expresar que *“[s]i cette garantie n'a pas, il est vrai, d'existence indépendante en ce sens qu'elle vise uniquement, aux termes de l'article 14 (art. 14), les «droits et libertés reconnus dans la Convention», une mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question peut cependant enfreindre cet article, combiné avec l'article 14 (art. 14), pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire”*⁶⁸³.

artículo 1º una prohibición general de la discriminación respecto de “todos los derechos reconocidos por la ley”, por los mismos motivos indicados en el artículo 14.

⁶⁷⁹ Vid., entre otras, sentencias de los asuntos “En relación con determinados aspectos de la ley sobre el uso de las lenguas en la educación en Bélgica” c. Bélgica, núm.1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, y 2126/64, de 23de julio de 1968; Marckx c. Bélgica, núm.6833/74, de 13 de junio de 1979; Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido, núm.9214/80, 9473/81 y 9474/81, de 28 de mayo de 1985; Darby c. Suecia, núm.11581/85, de 23 de octubre de 1990.

⁶⁸⁰ Vid. CARMONA CUENCA: “La prohibición de discriminación...”, p.668. Esta autora cita, a su vez, a SUDRE, Frédéric: *Droit international et européen des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, París, 5ª Ed., 2001, p.328.

⁶⁸¹ Asunto Sindicato Nacional de la Policía Belga c. Bélgica, núm.4464/70, de 27 de octubre de 1975.

⁶⁸² CARMONA CUENCA: “La prohibición de discriminación...”, p.669.

⁶⁸³ Asunto “En relación con determinados aspectos de la ley sobre el uso de las lenguas en la educación en Bélgica” c. Bélgica, núm.1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, y 2126/64, de 23de julio de 1968. En similar sentido, entre otros, asuntos acumulados Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido, núm.9214/80, 9473/81 y 9474/81, de 28 de mayo de 1985; Iglesia Católica de Canea c. Grecia, núm.25528/94, de 16 diciembre de 1997, Karlheinz Schmidt c. Alemania, núm.13580/88, de 18 de julio 1994; Wessels-Bergervoet c. Holanda, núm.34462/97, de 4 de junio de 2002, y Sommerfeld c. Alemania,

Además de la comprensión de la no discriminación como un derecho indirecto, el TEDH ha sostenido que la aplicación del artículo 14 tiene carácter subsidiario. Esto se traduce en que, verificada la violación de un derecho, no es necesario examinar si se produjo, por añadidura, una discriminación en relación con ese derecho. Es decir, en palabras del TEDH, tal examen “*ne s'impose pas en général quand elle aperçoit un manquement aux exigences du premier article pris en lui-même*”⁶⁸⁴.

Los motivos por los que se señala en el Convenio no se puede distinguir son amplios y abiertos, pues, luego de mencionar especialmente al sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna y nacimiento, se señala que no puede distinguirse por cualquier otra situación. De este modo, se podría calificar esta norma de dinámica, en cuanto se puede hacer cargo de nuevas situaciones, no contempladas originalmente, y en virtud de las cuales no sería legítimo distinguir. El TEDH se ha pronunciado tanto en el sentido de que la lista no es cerrada, como en el de reconocer otras situaciones no explicitadas, pudiendo citarse al respecto, entre otras, las sentencias de los asuntos Engel y otros c. Holanda, núm.5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, y 5370/72, de 23 de noviembre de 1976⁶⁸⁵; Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca, núm.5095/71, 5920/72 y 5926/72, de 7 de diciembre de 1976⁶⁸⁶; Rasmussen c. Dinamarca, núm.8777/79, de 28

núm.31871/96, de 8 de julio de 2003. Este criterio se ha mantenido persistentemente y es posible encontrarlo presente en las más recientes sentencias, pudiendo citarse al efecto la referida al asunto Gülay Cetin c. Turquía, núm.44084/10, de 5 de marzo de 2013.

⁶⁸⁴ Asunto Airey c. Irlanda, núm.6289/73, de 9 de octubre de 1979; aunque el propio TEDH parece abrir una posibilidad a la aplicación no subsidiaria al señalar que “[i]l en va autrement si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en question constitue un aspect fondamental de l'affaire”. Con todo, ha sido constante la aplicación de criterio de considerar subsidiaria la aplicación del artículo 14, lo que se puede apreciar, entre otros asuntos, en los siguientes: Dudgeon c. Reino Unido, núm.7525/76, de 22 de octubre de 1981; Johnston y otros c. Irlanda, núm.9697/82, de 18 de diciembre de 1986; Norris c. Irlanda, núm.10581/83, de 26 de octubre de 1988; Informationsverein Lentia y otros c. Austria, núm.13914/88, 15041/89, 15717/89, 15779/89, y 17207/90, de 24 de noviembre de 1993. Incluso el TEDH, cuando en una sentencia ha estimado que existe discriminación en relación con un derecho, considera que no es necesario examinar por separado si hubo una violación del artículo 14 en relación con otro derecho (Vid., por ejemplo, Fabris c. France, núm.16574/08, de 07 de febrero de 2013).

⁶⁸⁵ Señala que “[u]ne distinction fondée sur le grade peut se heurter à l'article 14 (art. 14)”, ya que “[l]a liste que renferme ce texte revêt un caractère indicatif, et non limitatif, dont témoigne l'adverbe «notamment» (en anglais «any ground such as»); le mot “situation” (en anglais «status») se révèle du reste assez large pour comprendre le grade”.

⁶⁸⁶ El Tribunal “relève d'abord que l'article 14 (art. 14) interdit, dans le domaine des droits et libertés garantis, un traitement discriminatoire ayant pour base ou pour motif une caractéristique personnelle (“situation”) par laquelle des personnes ou groupes de personnes se distinguent les uns des autres”.

de noviembre de 1984⁶⁸⁷; Gaygusuz c. Austria, núm.17371/90, de 16 de septiembre de 1996⁶⁸⁸; Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal, núm.33290/96, de 21 de diciembre 1999⁶⁸⁹; Sommerfeld c. Alemania, núm.31871/96, de 8 de julio de 2003⁶⁹⁰. Con todo, ello no significa restar importancia a los motivos que especialmente se han explicitado.

Se ha destacado por la doctrina que la Unión Europea cuenta con un sistema bastante desarrollado en materia de la igualdad de trato y no discriminación. A partir de una normativa básica en el Tratado de Roma sobre la igualdad remuneratoria entre hombres y mujeres y la no discriminación en razón de la nacionalidad⁶⁹¹, y con el sustantivo aporte de la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia, se ha construido un verdadero cuerpo de Derecho comunitario antidiscriminatorio, primero vía Derecho derivado⁶⁹² y, posteriormente, en los Tratados⁶⁹³. Con todo, es posible reparar en que la

⁶⁸⁷ Expresa con claridad que “*la liste dressée à l'article 14 n'étant pas limitative*”.

⁶⁸⁸ Se señala que “*seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité*” y, en este caso, se estima que ha habido una discriminación. En similar sentido, *vid.* Koua Poirrez c. France, núm.40892/98, de 30 de septiembre de 2003.

⁶⁸⁹ Considera que se ha efectuado “*une distinction dictée par des considérations tenant à l'orientation sexuelle du requérant, distinction qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention*”, y estima que “*ne peut conclure à l'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé*”, y que, por tanto, “*il y a eu violation de l'article 8 combiné avec l'article 14.*”.

⁶⁹⁰ Califica como discriminatoria “*une différence de traitement entre le père d'un enfant né d'une relation où les parents vivaient ensemble sans être mariés et le père d'un enfant né de parents mariés*”, a propósito del derecho de visita a los hijos.

⁶⁹¹ Se ha dejado constancia que la normativa comunitaria en la materia “parte del artículo 119 del Tratado de Roma, precepto que sirve de fundamento para la posterior labor legislativa y jurisprudencial, y que forma parte, como principio de política social, del Capítulo Primero del Título III del TR, lo que, sobre todo en los primeros momentos de funcionamiento de las Comunidades Europeas, significa que ni constituye un objetivo primordial de la estructura económica que se pretende crear, ni forma parte de las libertades básicas imprescindibles para su funcionamiento, apareciendo exclusivamente vinculado a la materia salarial y, por tanto, con una significación exclusivamente económica” (PÉREZ DEL RÍO, Teresa: “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario”, en RUIZ PÉREZ, Esther (Coord.): *Mujer y trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2003, p.282). Otros enfatizan que si bien se puede señalar que “[d]ebido al escaso reconocimiento de derechos sociales en los orígenes de la Comunidad Económica Europea, podía sorprender que el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación ya estuviera presente en el Tratado de Roma”, es preciso reconocer que ambos ejes (nacionalidad e igualdad retributiva), aunque al servicio de los objetivos económicos de la comunidad, “suponen el germen de la amplia política antidiscriminatoria desarrollada desde el Derecho Derivado, desde los Programas y Planes de acción social y también, de manera muy especial, a través del Derecho de las decisiones del Tribunal de Justicia” (SEMPERE NAVARRO Antonio Vicente y CANO GALÁN, Yolanda: “Igualdad y discriminación en el Derecho comunitario : diferencias por género, tendencia sexual, edad y raza”, en *Derecho social europeo*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXIII, 2006, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p.209).

⁶⁹² En materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo es necesario mencionar la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero - la cual se refiere a la igualdad “de modo ya desconectado de las condiciones relacionadas con la competencia económica” (BALLESTER PASTOR, María Amparo: *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo Blanch, Institut Valencià de la Dona, Valencia, 1994, p.19)-, modificada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, y la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, que simplifica, moderniza y mejora la legislación comunitaria en el ámbito. En materia de discriminación racial se aprueba la Directiva 2000/43/CE

protección no es homogénea para los diferentes motivos de discriminación, existiendo una tutela más fuerte en el caso del género y de la raza y menos desarrollada respecto de los otros criterios.

Tras largo tiempo en el cual los tratados de la Comunidad Europea sólo enunciaron las mencionadas referencias a la no discriminación por razón de nacionalidad y por razón de sexo en materia retributiva, el antiguo artículo 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, introducido por el Tratado de Ámsterdam de 1997 (actual artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), se constituye en una disposición mucho más comprensiva del fenómeno discriminatorio, refiriéndose a la adopción de “acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. De ello se entendió, por la doctrina y por la propia jurisprudencia del TJUE, que el principio de no discriminación debía ser considerado un principio general del Derecho comunitario⁶⁹⁴. El artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en sintonía con el artículo 19, dispone que “[e]n la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

Luego del Tratado de Lisboa, el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea establece dentro de los valores que la fundamentan el de la “igualdad” y el del “respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a las minorías”, junto con agregar que estos valores son comunes “a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”. El artículo 3 del mismo Tratado (antiguo artículo 2 TUE) dispone que la Unión “combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará [...] la igualdad entre mujeres y hombres”.

(aunque lo incluye, regula la materia en un ámbito mayor al del empleo). Por su parte, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se refiere a la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación.

⁶⁹³ Vid. REY MARTÍNEZ: “El modelo europeo de lucha contra la discriminación...”, pp.25-61.

⁶⁹⁴ Vid., entre otras, SSTJUE sobre los asuntos Rodríguez Caballero, C-442/00, de 12 de diciembre de 2002; Lutz Herrera c. Comisión de las Comunidades Europeas, T-219/02 y T-337/02, de 28 de octubre de 2004, y Mangold, C-144/04, de 22 de noviembre de 2005.

Se ha destacado que el TJUE ha reconocido la eficacia directa en las relaciones entre privados del derecho a la no discriminación establecido por los Tratados. En este sentido se pronunció, en su día, la STJUE, asunto Defrenne c. Sabena, 43/75, de 8 de abril de 1976, al expresar con claridad que “la prohibición de discriminaciones entre trabajadores masculinos y femeninos se impone no únicamente a la actividad de las autoridades públicas, sino que se extiende asimismo a todos los convenios que tienen por objeto regular, de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena, así como a los contratos entre particulares”⁶⁹⁵. Es posible constatar que el TJUE, “de modo rotundo y extensivo, aplica al principio antidiscriminatorio por razón de género una eficacia directa y automática, referida no solo a las instituciones comunitarias, sino también a los Estados miembros (y consiguientemente a sus ciudadanos) de modo similar a como resultan aplicables los derechos fundamentales en los textos constitucionales internos”⁶⁹⁶.

Tratándose de los otros motivos discriminatorios, si bien, como hemos señalado, el derecho a la no discriminación es considerado un principio general del Derecho comunitario, el desarrollo jurisprudencial ha sido más limitado⁶⁹⁷ y se ha llegado a afirmar que “las causas de discriminación prohibida de nueva generación no constituyen un principio comunitario de eficacia directa y contenido esencial, sino una serie de habilitaciones para el desarrollo posterior que carecen de límites en el texto del derecho originario y que provocan que el principio antidiscriminatorio quede desmembrado, en la intensidad y alcance de la protección, en atención al régimen jurídico constituido *ex profeso* para cada causa en la correspondiente Directiva”⁶⁹⁸.

⁶⁹⁵ Vid., además, entre otras, las SSTJUE, asunto Jenkins c. Kinggate (Clothing Productions) Ltd., 96/80, 31 de marzo de 1981, y asunto Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group, C-262/88, de 17 de mayo de 1990.

⁶⁹⁶ BALLESTER PASTOR, María Amparo: “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm.92, Madrid, 2011, p.210. Destaca esta autora que “Ello implica la existencia de un contenido esencial del derecho fundamental a la no discriminación por razón de género, prioritario frente al desarrollo de eventuales Directivas comunitarias, y cuyo alcance previsiblemente puede encontrarse en la aperturista interpretación aportada por el TJUE desde la década de los 70” (*Ibidem*).

⁶⁹⁷ Así, en la STJUE, asunto Lutz Herrera c. Comisión de las Comunidades Europeas, T-219/02 y T-337/02, de 28 de octubre de 2004, relativa a un caso de eventual discriminación por edad, se señala que, “puesto que la aplicación de esta disposición [antiguo artículo 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, actual artículo 19 TFUE], está supeditada a la adopción previa de un acto positivo por el Consejo, no cabe afirmar que la demandante pueda deducir de ella un derecho directamente aplicable que pueda invocarse ante el órgano jurisdiccional comunitario”.

⁶⁹⁸ BALLESTER PASTOR: “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, p.211.

Como hemos señalado, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, ahora tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Al respecto, debemos recordar que el artículo 20 consagra que “[t]odas las personas son iguales ante la ley”⁶⁹⁹, mientras que el artículo 21 se refiere a la no discriminación. Esta última disposición prohíbe toda discriminación, destacando la prohibición en particular de “la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”⁷⁰⁰. Agrega el artículo 21.2 la prohibición de “toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares”. El artículo 23 trata en específico de la igualdad entre mujeres y hombres, disposición a la nos referiremos al analizar la no discriminación en razón del sexo.

Como es posible apreciar, el catálogo de motivos discriminatorios de la Carta de los Derechos Fundamentales es más amplio que el considerado en los Tratados. Sin embargo, es preciso considerar que, conforme al artículo 52.2 de la Carta, los derechos reconocidos por ella que constituyen disposiciones de los Tratados “se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos”. Ello ha llevado a Ballester Pastor a advertir que “[t]eniendo en cuenta que el principio antidiscriminatorio tiene un enunciado lo suficientemente rotundo en los art. 19 TFUE y 157 TFUE no puede sino concluirse en la obligada preferencia de ambos frente a los art. 21 y 23 CDF, lo cual tiene como primera consecuencia la identificación de las causas de discriminación prohibidas, que no están abiertas, conforme a lo que pudiera derivarse del art. 21 CDF, sino que tan solo tienen virtualidad comunitaria en tanto en cuanto se refieran a alguna de las causas específicamente referidas en el art. 19 TFUE”⁷⁰¹.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo II, reconoce a todas las personas la igualdad ante la ley y establece que ellas

⁶⁹⁹ Que había sido considerado por la jurisprudencia del TJUE como principio fundamental del Derecho comunitario. *Vid.*, entre otras, SSTJUE sobre los asuntos Racke c. Hauptzollamt Mainz, C-283/83, de 13 de noviembre de 1984 y EARL de Kerlast c. Union régionale de coopératives agricoles (Unicopa) y Coopérative du Trieux, C-15/95, de 17 de abril de 1997.

⁷⁰⁰ El artículo 22 expresa que la Unión “respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística”, y a él nos referiremos al tratar más adelante la libertad religiosa.

⁷⁰¹ BALLESTER PASTOR: “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, p.209.

“tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”. En el caso de la Convención Americana, el artículo 1º establece el compromiso de los Estados de garantizar los derechos y libertades reconocidos en ella “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Se consagra en el artículo 24 que “todas las personas son iguales ante la ley” y que “en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Por su parte el Protocolo de San Salvador, en su artículo 3, establece que los Estados “se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, mientras que el artículo 7 se refiere a las condiciones justas, equitativas y satisfactorias en que debe gozarse el derecho al trabajo, especificando la garantía de “un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción”.

La sentencia de la Corte IDH, en el caso *Atala Riffo y niñas c. Chile*, Serie C núm. 239, de 24 de febrero de 2012, ha recordado que “cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma”⁷⁰². Se concibe en el Sistema Interamericano la no discriminación como un derecho relacional, reiterándose en la citada sentencia que “si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión”, mientras que si “la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana”⁷⁰³. Es decir, se ha entendido la no discriminación como un canon de regularidad jurídica en el ejercicio de otros derechos.

⁷⁰² La Corte ha distinguido entre distinciones y discriminaciones, de forma que “las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables, proporcionales y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos” (Sentencia Corte IDH caso *Castañeda Gutman c. México*, Serie C núm.184, de 6 de agosto de 2008).

⁷⁰³ En la misma línea, *vid.* SSCIDH *Apitz Barbera y otros c. Venezuela*, Serie C núm.182, de 5 de agosto de 2008; *Fernández Ortega y otros. c. México*, Serie C núm.215, de 30 de agosto de 2010; *Rosendo Cantú y otra c. México*, Serie C núm. 216, de 31 de agosto de 2010, y *Barbani Duarte y otros c. Uruguay*, Serie C núm. 234, de 13 de octubre de 2011.

En síntesis, podemos apreciar que la noción de las conductas discriminatorias que, en general, se desprende de las disposiciones citadas responde a su concepción formal, pues consistirá en una diferencia de trato arbitraria, es decir, sin justificación objetiva y razonable, en el ejercicio de los derechos consagrados en los propios instrumentos o en la ley. Es decir, se supone que los diversos derechos integrados en esos catálogos puedan ser gozados y ejercidos, sin que exista una distinción basada en criterios no admitidos. No se trata, por tanto, de un derecho autónomo a la no discriminación, sino en relación a tales derechos. La notable excepción la constituyen los textos de la Unión Europea, de elaboración más reciente, que reconocen a la no discriminación como un derecho autónomo.

Con todo, es posible encontrar un matiz diferente en los artículos 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En esas disposiciones, junto con reconocerse el derecho al trabajo y a la libre elección del mismo, se reconoce que toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. Estas sí son normas específicas y autónomas de prohibición de la discriminación en el ámbito laboral, aunque restringidas al tema remuneratorio⁷⁰⁴.

La igualdad y la no discriminación son derechos de todas las personas y, por ello, respecto de los trabajadores, en sus relaciones laborales, son inespecíficos. Con todo, la Organización Internacional de Trabajo (OIT) ha tenido, desde sus inicios, una especial preocupación por la igualdad y la no discriminación en el empleo, manifestada en el preámbulo de su Constitución de 1919, en la Declaración de Filadelfia de 1944⁷⁰⁵

⁷⁰⁴ Este derecho también es consagrado en diversos instrumentos internacionales y regionales, a los que nos referiremos más adelante, al tratar en particular la discriminación basada en el sexo.

⁷⁰⁵ El preámbulo de la Constitución de la OIT, considera que “existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales” y considerando que “es urgente mejorar dichas condiciones” entre otros aspectos en lo relativo al “reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor”. Posteriormente, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en Filadelfia adopta, el 10 de mayo de 1944, la “Declaración de los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo y de los principios que debieran inspirar la política de sus Miembros”. En la Declaración de Filadelfia la OIT afirma que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”. Entre otros aspectos, en la Declaración se establece también la obligación para la OIT de

y en su inclusión en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su Seguimiento, de 1998⁷⁰⁶.

Con posterioridad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos se adoptarán, en el marco de la Organización Internacional del Trabajo, dos instrumentos que ocupan un lugar relevante en materia de igualdad y discriminación: los convenios núm.100, sobre igualdad de remuneración, de 1951, y núm.111, sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958⁷⁰⁷. Ellos, habiendo sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la OIT, han sido calificados como tales por la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su Seguimiento, de 1998.

Cabe destacar que en aquellos instrumentos, en particular en el Convenio núm.111, existe un enfoque respecto de la autonomía del derecho a la no discriminación que se aleja de la orientación de los instrumentos de derechos humanos antes indicados. Este instrumento, luego de explicitar en su preámbulo que “la discriminación constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, establecerá, en su artículo 1, que el término discriminación comprende “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”⁷⁰⁸, como asimismo, “cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones

fomentar entre las naciones la adopción en materia de condiciones de trabajo de “medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso”.

⁷⁰⁶ En ella se declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios sobre derechos fundamentales, “tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios”, entre otros, “la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”.

⁷⁰⁷ Otros instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo sobre la materia son: Recomendación (núm.90) sobre igualdad de remuneración, 1951; Recomendación (núm.111) sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958; Convenio (núm.156) sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981; Recomendación (núm.165) sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981.

⁷⁰⁸ La propia OIT ha enfatizado que los siete motivos enumerados en el artículo 1, 1), a), del Convenio “constituyen una norma mínima que fue objeto de acuerdo en 1958” (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo*, párr. 806).

representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”. Ahora, si bien se concibe a la no discriminación como un derecho autónomo y no como un canon de regularidad jurídica en el ejercicio de otros derechos, es preciso consignar que tal definición se encuentra enmarcada en el ámbito de lo laboral (el empleo y la ocupación, en palabras del convenio).

El citado instrumento señala que “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas⁷⁰⁹ para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”. Además, el convenio aborda el tema de las medidas especiales de protección o asistencia, las que, según expresa dicho instrumento, no se consideran como discriminatorias. A ambos aspectos nos referiremos más adelante.

3.1.2. Igualdad de hombres y mujeres y la prohibición de la discriminación por razón de género

Coincidimos con Lousada Arochena en afirmar que la discriminación por razón de sexo o género “es, sin duda alguna, la manifestación de discriminación más extendida -en todos los lugares- y temporalmente -en todas las épocas”⁷¹⁰. Esto justifica suficientemente el tratamiento separado que a continuación realizaremos. Cabe agregar que la discriminación basada en el sexo ha provocado un notable desarrollo normativo y jurisprudencial en Europa⁷¹¹ y en América Latina, lo que obliga a prestarle particular atención⁷¹². Con todo, a pesar de dichos avances, es posible constatar que las mujeres “siguen siendo víctimas de la discriminación en casi todos los aspectos del empleo: desde los puestos de trabajo que pueden conseguir, la remuneración, las prestaciones y las condiciones de trabajo hasta su acceso a los cargos de toma de decisiones”⁷¹³, por lo

⁷⁰⁹ Debe entenderse la expresión “exigidas” en el sentido de que sean las necesarias para tal actividad.

⁷¹⁰ LOUSADA AROCHENA, José Fernando: *El principio de transversalidad de la dimensión de género*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid (España), 2007, p.17.

⁷¹¹ Sobre el principio antidiscriminatorio por razón de sexo como motor la política social comunitaria y el rol de la jurisprudencia del TJUE *vid.* BALLESTER PASTOR: “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, pp.207-216.

⁷¹² Necesario es consignar que en Estados Unidos de América se desarrolla inicialmente el derecho antidiscriminatorio frente a la discriminación racial, permitiendo la configuración de importantes instituciones.

⁷¹³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*. Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a

que continúa siendo un problema que requiere y seguirá requiriendo de una importante atención en los próximos años⁷¹⁴.

Al tenor de lo que venimos expresando, es pertinente enfatizar que, cuando hablamos de la discriminación en razón del sexo o del género, no sólo nos referimos a una diferencia de trato arbitraria en perjuicio de las mujeres, sino también a una práctica social persistente que las ha puesto en una situación de menoscabo, cuya interdicción implica, por tanto, la búsqueda no sólo una igualdad formal, sino material o real.

Aunque los textos constitucionales y buena parte de los instrumentos internacionales suelen utilizar el término “sexo”, la doctrina hace ya algún tiempo promueve la utilización de la expresión “género”, la que sería más comprensiva del fenómeno discriminatorio de la mujer. En este sentido, Pérez del Río consigna que “el Derecho Comunitario y el Tribunal de Justicia se han visto obligados a sobrepasar el criterio formal relacionado con el concepto «sexo» para abordar la dimensión de «género», es decir, afrontar el tema de la distribución de las funciones y roles sociales construida e impuesta a partir del criterio sexual y mucho más cercano al concepto de «igualdad de oportunidades» que al de prohibición formal de discriminación por razón de sexo”⁷¹⁵. Nosotros utilizaremos indistintamente las expresiones “discriminación por razón de sexo” o “discriminación por razón de género”, en el entendido que con cualquiera de ellas queremos aludir al menoscabo que han sufrido y sufren las mujeres por su condición de tales y por el lugar que históricamente se les ha asignado⁷¹⁶.

los principios y derechos fundamentales en el trabajo Conferencia Internacional del Trabajo. 100.^a reunión, 2011, Informe I (B), p.21.

⁷¹⁴ Como lo señala la OIT, estudios demuestran que, “pese a las iniciativas legislativas y políticas que se adoptan, persisten las diferencias de remuneración, la segregación profesional y vertical, las dificultades para conciliar el trabajo y la vida familiar, y la desmesurada concentración de mujeres en empleos a tiempo parcial y de tipo informal y precario, todo ello sumado al acoso sexual y a la discriminación por razones de maternidad o de estado civil”(ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*, p.21).

⁷¹⁵ PÉREZ DEL RÍO: “El principio de igualdad de trato...”, p.286. Sobre la aplicación de este enfoque en la Ley Orgánica 3/2007, sobre igualdad efectiva de mujeres y hombres, *vid.* NOGUEIRA GUASTAVINO: “Objetivo y ámbito de la ley”, 46-51.

⁷¹⁶ Cualquiera sea la terminología que se utilice, cabe tener presente que la situación de discriminación “se manifiesta el insuficiente o inadecuado nivel de formación y educación de los integrantes del colectivo discriminado, la infravaloración de su trabajo y su función social, en definitiva, en la obstaculización a su pleno desarrollo como ciudadanos” (PÉREZ DEL RÍO: “El principio de igualdad de trato...”, p.287).

A esta altura resulta obvio afirmar que el derecho fundamental a no ser discriminado en razón del sexo ha de ser exigible en las relaciones entre particulares, especialmente en las de carácter laboral, conforme a la exigencia a todos los integrantes de la sociedad de respeto a la dignidad humana. En el presente apartado, luego de repasar el panorama de la normativa relativa a la discriminación por razón de sexo, abordaremos algunos asuntos que han sido objeto de controversia y que tienen evidente importancia en el ámbito laboral: la igualdad retributiva entre hombres y mujeres; la discriminación directa e indirecta; la maternidad y responsabilidades familiares y la discriminación por razón de sexo; la víctimas de la discriminación por razón de sexo; la admisión excepcional de distinciones por sexo; las acciones positivas; el acoso sexual y acoso en razón del sexo, y, finalmente, el tema de la carga de la prueba en la discriminación.

3.1.2.1. Panorama normativo de la discriminación por razón de sexo en el Derecho internacional y supranacional

Cuando hablamos de no discriminación entre hombres y mujeres, conviene no perder de vista que el orden internacional constituye “un punto de referencia obligado al aportar las bases para que, en una sociedad globalizada como la actual, se avance hacia una plena igualdad buscando ciertos mínimos comunes denominadores”⁷¹⁷. Constituyen las normativas internacionales y supranacionales, junto a la jurisprudencia en torno a ellas, un marco de referencia ineludible para la comprensión del fenómeno de la discriminación y la determinación de criterios de solución a los conflictos que sobre él se producen en el marco de las relaciones laborales.

Es preciso consignar que la propia Carta de las Naciones Unidas manifiesta en su preámbulo la resolución en reafirmar la fe “en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”. Hemos ya citado normativa internacional y supranacional que se refiere a la igualdad y la no discriminación en general, por lo que quisiéramos destacar algunas disposiciones que se refieren en particular al criterio del sexo. Mencionaremos ahora

⁷¹⁷ TUR AUSINA, Rosario: “Igualdad y no discriminación por razón de Sexo en Naciones Unidas. Proceso de evolución hacia el género en el contexto de la mundialización de las estrategias para la igualdad de mujeres y hombres”, en *Revista europea de derechos fundamentales*, núm.11, Valencia, 2008, p.248.

algunas disposiciones y otras las consideraremos más adelante, en la revisión de algunos aspectos en particular.

La Declaración Universal de los Derechos humanos, reconociendo la igualdad en dignidad y derechos todos los seres humanos, rechaza al sexo como criterio de distinción respecto de la titularidad de los mismos. Lo mismo se hace en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El primero, en su artículo 3, habla particularmente de garantizar “a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos” en él enunciados, y el segundo, también en su artículo 3, se refiere al compromiso de los Estados de “asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales” que en dicho pacto se enuncian. Más específicamente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 7, se refiere al reconocimiento del derecho de toda persona “al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias” que le aseguren en especial, entre otros aspectos “un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual”; por su parte, el artículo 10 se refiere a la protección de la familia y establece que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”⁷¹⁸.

Cabe la mención especial de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), adoptada el 18 de diciembre de 1979. Ella nos ofrece, en su artículo 1º, una definición de la discriminación contra la mujer, la que se entiende como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Debemos recordar que el artículo 11 impone la adopción de “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad

⁷¹⁸ Se agrega que “[d]urante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”

entre hombres y mujeres, los mismos derechos”. Aunque la de esta Convención es una definición de referencia obligada, cabe consignar que concibe la discriminación en referencia a los demás derechos humanos y las libertades fundamentales y no con un estatuto autónomo.

Es preciso tener presente que, para supervisar el seguimiento de la Convención, se ha establecido el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el cual inicialmente sólo conocía informes de los Estados, pero que a partir de la aprobación de su Protocolo Facultativo, adoptado por la Asamblea General, en su resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999, puede recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas⁷¹⁹.

En el marco del sistema normativo de la Organización Internacional del Trabajo, hemos ya adelantado la relevancia de los convenios núm.100 y el 111. Nos referiremos en particular al primero de ellos al tratar la igualdad retributiva. De igual modo, será necesario citar el convenio núm.156, a propósito de eventuales discriminaciones en razón de las responsabilidades familiares de los trabajadores y trabajadoras. Se ha destacado que ya desde la Declaración de Filadelfia la OIT, de 1944, se ha afirmado internacionalmente la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, de modo que se reconocía a la mujer “como ser igual, que merecía un tratamiento normativo igual, superando la tradicional postura de la ley ante el colectivo femenino, de carácter fundamentalmente protector”⁷²⁰.

Ya nos hemos referido a algunas normas regionales sobre la igualdad y no discriminación en América y en Europa, que no reiteraremos. Sin embargo, quisiéramos destacar en particular, respecto de las que consideran el factor de género, las siguientes disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: el artículo 8, que

⁷¹⁹ Por ejemplo, respecto de España, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el 9 de agosto de 2007, se ha pronunciado sobre la comunicación No. 7/2005 presentada por Cristina Muñoz-Vargas y Sainz de Vicuña, quien alegaba discriminación en materia de sucesión de los títulos nobiliarios, la que se declaró inadmisibile (Disponible [en línea] en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/495/65/PDF/N0749565.pdf?OpenElement> [citado en mayo de 2015]).

⁷²⁰ BALLESTER PASTOR: *Diferencia y discriminación normativa...*, p.13.

establece que en todas sus acciones, la Unión “se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”; el artículo 153.1.i, que determina que la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en el ámbito de “la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo”, y el artículo 157, que se refiere a la igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluida la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, considerando la mantención o adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

Es posible constatar una notable evolución en los Tratados. Parten desde concepciones principalmente económicas, que buscan garantizar el adecuado funcionamiento de los mercados, evitando la existencia de sustanciales diferencias en los países comunitarios en materia de igualdad, que en lenguaje actual pudieran constituirse en un *dumping* social. Progresivamente, se reconoce en estos instrumentos la incorporación de un enfoque basado en la “fundamentalidad” de los derechos fundamentales. Para Pérez Del Río, “la prohibición de discriminación por razón de sexo ha pasado de ser un mero principio de política económica, a configurarse como un verdadero y propio derecho fundamental a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en aspectos de la vida profesional, muy alejados del original y restrictivo ámbito salarial y, en este cambio de significación, ha jugado un papel esencial la actuación conjunta del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y el Derecho Comunitario derivado”⁷²¹. Se destaca, como ejemplo de la frecuentemente calificación como fundamental del derecho a la no discriminación, la ya citada sentencia Defrenne c. Sabena, 43-75, de 8 de abril de 1976, junto a las sentencias Razzouk y A. Beydoun c. Comisión de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados 75/82 y 117/82, de 20 de marzo de 1984; Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, C-222/84, de 15 de mayo de 1986; Drake c. Chief Adjudication Officer, 150/85, de 24 de junio de 1986.

⁷²¹ PÉREZ DEL RÍO, Teresa: *La prohibición de discriminación en las condiciones de trabajo*, disponible [en línea] en http://www.redfeminista.org/nueva/uploads/discrimina_1_c.pdf, p.4 [citado en mayo de 2015].

La Carta de Niza, en su artículo 21, prohíbe toda discriminación y, en particular, la ejercida por razón de sexo y otros motivos que indica. Complementariamente, el artículo 23 dispone que “[l]a igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución”, y especifica que el principio de igualdad “no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”.

Complementariamente a los tratados debemos considerar importantes directivas que han tratado específicamente esta materia. Cabe destacar la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación⁷²². Esta “tiene por objeto garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación”, contiene disposiciones destinadas a aplicar el principio de igualdad de trato en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional; a las condiciones de trabajo, incluida la retribución, a los regímenes profesionales de seguridad social y, contiene, además, disposiciones para garantizar que dicha aplicación sea más eficaz mediante el establecimiento de los procedimientos adecuados.

3.1.2.2. Tratamiento en particular de algunos asuntos en el marco de la discriminación por razón de sexo.

a) Igualdad retributiva entre hombres y mujeres

⁷²² En ella se efectúa una refundición de varias directivas sobre la igualdad y no discriminación en razón del sexo, las que quedan derogadas a partir del 15 de agosto de 2009. Concretamente, son las Directivas 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos; 76/207/CEE, de 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo(modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre); 86/378/CEE, de 4 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, y 97/80/CE, de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (modificada por Directiva 98/52/CE, de 13 de julio de 1998, que amplía la Directiva 97/80/CE al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).Cabe consignar que lo dispuesto en la Directiva 2006/54/CE se entenderá sin perjuicio de las disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular en lo referido al embarazo y la maternidad, y no afectará a lo dispuesto en la Directiva 96/34/CE y en la Directiva 92/85/CEE.

Desde hace décadas se persigue la igualdad remuneratoria por el trabajo de hombres y mujeres, evitando la discriminación retributiva basada en el sexo. En esa línea el convenio núm.100 de la Organización internacional del Trabajo dispone en su artículo 2 que “todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”⁷²³. De acuerdo a lo preceptuado por el mismo instrumento internacional, este principio se deberá aplicar por medio de la legislación nacional; cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación; contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o la acción conjunta de estos diversos medios. Tratándose de una manifestación laboral de derecho de igualdad y no discriminación, es evidente que este derecho demanda no sólo la promoción y la garantía por parte del Estado; se traduce en un imperativo para los empleadores, quienes en la fijación de remuneraciones deben dar un trato igualitario a hombres y mujeres y no discriminar en razón del sexo. Como adelantáramos, el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también se refieren a la igualdad remuneratoria.

En esta materia, en América las disposiciones explícitas se limitan al artículo 7 del Protocolo de San Salvador, que contempla la garantía de “un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción”.

En el caso de la Unión Europea, el actual artículo 157 del TFUE (antiguo artículo 141 TCE) dispone que cada Estado miembro “garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”. El texto original de esta disposición se remonta al art. 119 del Tratado de Roma, el cual se refería a la igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos “para un mismo trabajo”, lo que evidentemente

⁷²³ En conformidad a lo establecido en el artículo 1 del convenio núm.100, esta igualdad “designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo”.

significó importantes problemas interpretativos⁷²⁴. Puntualiza el citado artículo 157 que se entiende por retribución “el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo”. Para mayor claridad, señala que la igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: “que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida” y “que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo”. Llama la atención de la persistencia, en esta última parte, de la terminología de “un mismo trabajo” y de “un mismo puesto de trabajo”.

A pesar de este entramado normativo, la desigualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres es un problema persistente. Esto se manifiesta tanto a nivel agregado, como en concretos casos en los cuales se discrimina a las mujeres. Según datos del Instituto Nacional de Estadísticas, en España el año 2010 el salario promedio anual femenino fue equivalente al 77,5% del masculino⁷²⁵, aunque si se considera el indicador estructural “Brecha salarial entre mujeres y hombres”, que utiliza la ganancia ordinaria por hora trabajada como base de la comparación, la diferencia, según el INE, se situaría en el 15,3%⁷²⁶. Según Eurostat, la brecha salarial de género (*gender pay gap*) en Europa alcanza en ese mismo año al 16.1%⁷²⁷. De acuerdo a un estudio del Banco Interamericano de Desarrollo para el año 2007, comparando individuos con la misma edad y educación, en Latinoamérica las mujeres ganan en promedio un 17.2% menos que los varones y, en el caso de Chile la brecha es mayor, alcanzando al 19.3%⁷²⁸. La OIT constata que si bien los datos revelan que en los últimos años ha declinado la brecha salarial de género, ello no necesariamente implica que la situación de la mujer

⁷²⁴ La Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero, expresará que el principio de igualdad de retribución es “para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor”. *Vid.* actual artículo 4 de Directiva 2006/54/CE.

⁷²⁵ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS DE ESPAÑA: Encuesta de Estructura Salarial 2010, disponible [en línea] en <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t22/pl33&file=inebase&N=&L=0>.

⁷²⁶ Este indicador, definido por la Oficina de Estadística de la Unión Europea (Eurostat), representa la diferencia entre la ganancia por hora de hombres y de mujeres asalariados, como porcentaje de la ganancia hora de los hombres. Eurostat lo calcula únicamente para los asalariados que trabajan en unidades de 10 y más trabajadores, incluye los pagos por horas extraordinarias pero excluye las gratificaciones extraordinarias.

⁷²⁷ *Vid.* http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/labour_market/earnings.

⁷²⁸ ATAL, Juan Pablo, ÑOPO, Hugo y WINDER, Natalia: *New Century, Old Disparities Gender and Ethnic Wage Gaps in Latin America*, Inter-American Development Bank, 2009, disponible [en línea] en <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=2208929>.

haya mejorado, sino que el cambio en muchos casos se debe al deterioro relativo de las circunstancias en el mercado laboral de los hombres frente al de las mujeres⁷²⁹.

Los aspectos más conflictivos que se suscitan en el tema de la igualdad remuneratoria entre hombres y mujeres dicen relación, por una parte, con la comparación entre los trabajos que unos y otras realizan, es decir, sobre las nociones de igual trabajo y de trabajo de igual valor, y, por la otra, con la extensión y comprensión del concepto de retribución. Un aspecto que ha requerido atención particular se refiere a los sistemas de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, en los cuales, a estos efectos, serán relevantes los criterios sobre los que estos se basen⁷³⁰.

La STJUE del asunto Defrenne c. Sabena, 43/75, de 8 de abril de 1976, constituye un hito importante en la jurisprudencia de Tribunal de Luxemburgo sobre la igualdad retributiva. Esta sentencia estableció que “[e]l principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos establecido por el artículo 119 puede ser invocado ante los órganos jurisdiccionales nacionales”, derecho que reconocía respecto de una época en que no existía aún la Directiva 75/117/CEE⁷³¹.

Sobre los trabajos comparables, a partir de las nociones de igual trabajo y trabajo de igual valor, en la jurisprudencia del TJUE podrían destacarse sentencias que resuelven sobre los siguientes asuntos: Macarthys Ltd c. Wendy Smith, C-129/79, de 27 de marzo de 1980, en la que se señala que el principio de igualdad de retribución no se limita a las situaciones en las que hombres y mujeres efectúan simultáneamente un mismo trabajo para el mismo empleador⁷³²; asunto Jenkins c. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd., C-96/80, 31 de marzo de 1981, en el que se determina que son

⁷²⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Informe Mundial sobre Salarios 2012/2013: Los salarios y el crecimiento equitativo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2013, p.5.

⁷³⁰ En su momento, la Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero, dispuso que “cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo”. *Vid.* actual artículo 4 de Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio.

⁷³¹ Sobre la importancia de este fallo, *vid.* HEIDE, Ingeborg: “Medidas supranacionales contra la discriminación sexual. Igualdad salarial y de trato en la Unión Europea”, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118 (1999), núm.4, pp.438-440.

⁷³² Señala la sentencia que el principio “se aplica en caso de que se demuestre que un trabajador femenino, habida cuenta de la naturaleza de sus servicios, ha percibido una retribución inferior a la que percibía un trabajador masculino, empleado con anterioridad al período de empleo de la operaría femenina, y que efectuaba el mismo trabajo para su empleador”.

comparables trabajos que se realizan en jornadas de diferente extensión⁷³³; Murphy y otros c. An Bord Telecom Eireann, C-157/86, de 4 de febrero de 1988, que concluye tal principio comprende también el caso de un trabajador que “realiza un trabajo de mayor valor que el de la persona con la que se establece una comparación”⁷³⁴. Recientemente, la STJUE, asunto Kenny y otros, C-427/11, de 28 de febrero de 2013, ha explicitado que “unos trabajadores ejercen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional nacional”. En el marco de una discriminación salarial indirecta, asunto al que nos referiremos más adelante, expresa con claridad que “incumbe al empleador aportar una justificación objetiva de la diferencia de retribución apreciada entre los trabajadores que se consideran discriminados y las personas de referencia”.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha instado al Gobierno de Chile a que tome las medidas necesarias para que se revise el artículo 62 bis del Código del Trabajo, sobre el derecho a la igualdad en las remuneraciones entre hombres y mujeres, introducido por la ley núm. 20.348, de 2009, “con miras a garantizar la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, no sólo en situaciones en las que los hombres y las mujeres realicen un trabajo igual o similar, sino también en situaciones en las que realicen un trabajo diferente, pero que, no obstante es de igual valor”⁷³⁵.

Sobre la extensión y comprensión del concepto de retribución destaca la STJUE, asunto Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group, C-262/88, de 17 de mayo de 1990, en la cual el TJUE determinó que están comprendidas dentro del concepto de retribución tanto “[l]as prestaciones pagadas por un empresario a un trabajador con

⁷³³ Considera que en aplicación del principio de igualdad retributiva “el hecho de remunerar el trabajo a tiempo parcial con una retribución por hora de trabajo inferior a la del trabajo a tiempo completo constituye una discriminación por razón del sexo”. En similar sentido, pero referida al pago de las horas extraordinarias de los trabajadores a tiempo parcial, *vid.* asunto Ursula Voß c. Land Berlin, C-300/06, de 6 de diciembre de 2007, al que nos referiremos al tratar de la discriminación indirecta.

⁷³⁴ Expresa la sentencia que “si este principio prohíbe que los trabajadores de determinado sexo empleados en una tarea de igual valor que la de los trabajadores del sexo opuesto reciban una retribución menor a la de los otros por razón de sexo, prohíbe *a fortiori* semejante diferencia de retribución cuando la categoría de trabajadores peor pagados realiza una tarea de superior valor”.

⁷³⁵ Observación CEACR, adopción: 2012, publicación: 102ª reunión CIT, 2013.

ocasión de su despido por causas económicas [...] ya sean pagadas éstas en virtud de un contrato de trabajo, de disposiciones legales o con carácter voluntario”, como también “[l]as pensiones pagadas por un Plan de Pensiones de empresa convencionalmente excluido del régimen general”⁷³⁶, junto con afirmar que “[e]l principio de igualdad de retribución debe garantizarse para cada elemento de la retribución y no sólo en función de una apreciación global de las gratificaciones concedidas a los trabajadores”⁷³⁷. La doctrina sobre los planes de pensiones de empresa ha sido reconocida en diversos fallos⁷³⁸ y fue incorporada en Directivas de la Unión Europea. También es pertinente mencionar la STJUE, asunto Seymour-Smith y Pérez c. Secretary of State for Employment, C-167/97, de 9 de febrero de 1999, que señala que incluso “[l]a indemnización concedida en virtud de una decisión judicial por la vulneración del derecho a no ser despedido de forma improcedente constituye una retribución”⁷³⁹. Por su parte, la STJUE, asunto Abdoulaye y otros c. Régie nationale des usines Renault SA, C-218/98, de 16 de septiembre de 1999, reafirma que “[e]ntre las percepciones económicas que se consideran retribución figuran, en particular, las abonadas por el empresario en virtud de disposiciones legislativas y en razón de la existencia de relaciones laborales por cuenta ajena que están destinadas a garantizar unos ingresos a los trabajadores, aunque éstos no ejerzan, en los casos específicos previstos por el legislador, ninguna de las actividades previstas por el contrato de trabajo”⁷⁴⁰. En la

⁷³⁶ Antes, en la STJUE, asunto Worringham y Humphreys c. Lloyds Bank Limited, C-69/80, de 11 de marzo de 1981, ya había declarado que “una cotización a un régimen de jubilación pagada por la empresa en nombre de los empleados mediante un importe complementario del salario bruto y que contribuye por ello a la determinación del importe del salario, constituye una «retribución» a los efectos del párrafo segundo del artículo 119 del Tratado CEE”.

⁷³⁷ *Vid.* en idéntico sentido Brunnhofer c. Bank der österreichischen Postsparkasse AG., C-381/99, de 26 de junio de 2001.

⁷³⁸ Pueden citarse, al respecto, las SSTJUE de los asuntos Ten Oever c. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf., C-109/91, de 6 de octubre de 1993; Moroni c. Collo GmbH., C-110/91, de 14 de diciembre de 1993; Bestuur van het Algemeen burgerlijk pensioenfonds c. G. A. Beune, C-7/93, de 28 de septiembre de 1994, y Dimossia Epicheirissi Ilektrismou (DEI) c. Efthimios Evrenopoulos, C-147/95, de 17 de abril de 1997.

⁷³⁹ En STJUE, asunto Olaso Valero y Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), C-520/03, de 16 de diciembre de 2004, no admite distinguir según el modo a través del cual se han llegado a establecer dichos créditos. Señala la sentencia que “[c]uando, según la normativa nacional de que se trate, los créditos correspondientes a indemnizaciones por despido improcedente, reconocidos en sentencia o resolución administrativa, estén comprendidos en el concepto de «retribución», los créditos idénticos, establecidos en un acto de conciliación como el que es objeto del caso de autos, deben considerarse créditos de trabajadores asalariados derivados de contratos de trabajo o relaciones laborales y relativos a la retribución en el sentido de la Directiva 80/987”, de modo que el juez nacional “no debe aplicar una normativa interna que, vulnerando el principio de igualdad, excluye estos últimos créditos del concepto de «retribución» en el sentido de dicha normativa”.

⁷⁴⁰ Anteriormente, en similar sentido, SSTJUE sobre los asuntos Kowalska c. Freie und Hansestadt Hamburg, C-33/89, de 27 de junio de 1990; Arbeiterwohlfaht der Stadt Berlin e.V. c. Monika Bötzel, C-360/90, de 4 de junio de 1992, y Gillespie y otros c. Northern Health and Social Services Boards,

sentencia del asunto Garland c. British Rail Engineering Limited, 12/81, 9 de febrero de 1982, se consideró, para estos efectos, los beneficios a los ex trabajadores, que se otorgan con posterioridad al término de la relación laboral⁷⁴¹.

En el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los casos de discriminación por razón de sexo en materia retributiva han estado más relacionados con la seguridad social que con los ingresos propiamente laborales. Se pueden mencionar al respecto las sentencias recaídas en los asuntos Wessels-Bergervoet c. Holanda, núm.34462/97, de 4 de junio de 2002, que constata diferencia de trato entre mujeres casadas y hombres casados en materia de pensiones, sin que exista justificación objetiva y razonable, y Willis c. Reino Unido, 36042/97, de 11 de junio de 2002, que considera discriminatorio que las autoridades nieguen al solicitante el beneficio de la asignación de viudedad y otra prestación, solamente porque él es un hombre.

Respecto de la no discriminación retributiva en razón del sexo en los sistemas de clasificación profesional destacan los criterios establecidos por las SSTJUE en los asuntos Rummler c. Dato-Druck GmbH., 237/85, de 1 de julio de 1986, y Danfoss c. Dansk Arbejdsgiverforening, C- 109/88, de 17 de Octubre de 1989⁷⁴². En el primer caso se busca determinar si un sistema de clasificación profesional es compatible con el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos cuando dicho sistema se basa en los criterios del esfuerzo o de la carga muscular y en el del carácter pesado del trabajo. En la sentencia se señala, en primer lugar, que “los criterios que condicionan la clasificación en diferentes niveles de retribución deben garantizar la misma retribución para un mismo trabajo objetivamente prestado, ya sea realizado por un trabajador masculino o por un trabajador femenino”; se agrega que “el

Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board y Southern Health and Social Services Board, C-342/93, de 13 de febrero de 1996.

⁷⁴¹ Señala que, “[c]uando un empresario otorga, sin estar contractualmente obligado a ello, ventajas especiales en materia de transporte a sus antiguos empleados de sexo masculino jubilados, dichas ventajas constituyen una discriminación, en el sentido del artículo 119, respecto a sus antiguas empleadas a las que no se les otorgan las mismas ventajas”.

⁷⁴² Ya en la STJUE, asunto Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte, C-61/81, 6 de julio de 1982, se había señalado que, “*en omettant d ' introduire dans son ordre juridique interne en exécution des dispositions de la Directive 75/117 du Conseil du 10 février 1975 les mesures nécessaires pour permettre à tout travailleur qui s'estime lèse par la non-application du principe de l ' égalité des rémunérations entre hommes et femmes pour un travail auquel est attribuée une valeur égale et pour lequel un système de classification professionnelle n ' existe pas , d ' obtenir la reconnaissance de cette équivalence , le Royaume-Uni a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traite*”.

hecho de basarse en valores correspondientes a la capacidad media de producción de los trabajadores de un único sexo, para determinar en qué medida un trabajo exige un esfuerzo u ocasiona una carga o es físicamente pesado, constituye una forma de discriminación por razón de sexo prohibida...”; y se concluye que, “para que un sistema de clasificación profesional no sea discriminatorio en su conjunto, debe tomar en consideración, en la medida en que la naturaleza de las tareas que deban realizarse lo permita, criterios para los que los trabajadores de cada sexo puedan tener aptitudes especiales”. En la sentencia del caso Danfoss destacan dos aspectos: la transparencia del sistema retributivo aplicado por la empresa y la necesidad de justificación de la aplicación de ciertos criterios para la determinación de las remuneraciones cuando ellos perjudican a las trabajadoras. Sobre el primer aspecto, la sentencia declara que ante la falta de transparencia del sistema retributivo recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política de salarios no es discriminatoria. Sobre el segundo aspecto, se pronuncia acerca de la necesidad de justificar la aplicación de criterios de incremento como la flexibilidad, la formación profesional o la antigüedad del trabajador, cuando ello perjudica sistemáticamente a los trabajadores femeninos, determinando: que “[e]l empresario puede justificar la utilización del criterio de la flexibilidad si éste se entiende en el sentido de adaptabilidad a horarios y lugares de trabajo variables, demostrando que dicha adaptabilidad reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador, pero no si este criterio se entiende referido a la calidad del trabajo realizado por el trabajador”; que “[e]l empresario puede justificar la utilización del criterio de la formación profesional demostrando que dicha formación reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador”, y que “[e]l empresario no tiene que justificar de modo especial la utilización del criterio de la antigüedad”. Se ha puesto de relieve que los criterios establecidos en las sentencias recién citadas, “por sí mismos sintetizan perfectamente la postura clásica del TJUE en torno a la valoración de puestos de trabajo y sus consecuencias en la inferior retribución de las categorías feminizadas, el Tribunal analiza los factores concretos (responsabilidad, formación, disponibilidad etc.) y los criterios genéricos utilizados en la justificación de la diferencia retributiva entre categorías...”⁷⁴³.

⁷⁴³ BALLESTER PASTOR: “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, pp.217-218.

En el ámbito del trabajo a tiempo parcial ha sido posible detectar una serie de casos de discriminación retributiva indirecta, asunto al que nos referiremos al tratar, en el siguiente apartado, la discriminación indirecta.

b) Discriminación directa e indirecta

La discriminación es directa “cuando la normativa, las leyes o las políticas, excluyen o desfavorecen explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil o el sexo”⁷⁴⁴. Como constata la OIT, la discriminación directa “suele asentarse en los prejuicios y los estereotipos”, y “al acuñarse estereotipos se atribuyen a las personas actitudes y aptitudes determinadas, o la falta de estas últimas, atendiendo a su pertenencia a un colectivo racial, sexual, religioso u otro, e independientemente de sus cualificaciones y experiencia laboral”⁷⁴⁵. Como señala Rey Martínez, su prohibición “tiende a exigir un trato jurídico indiferenciado para hombres y mujeres como regla general”, pero “no impide todo trato diferente por sí mismo, sino aquel que sea perjudicial”⁷⁴⁶.

En la discriminación directa estamos frente a “una situación en la que, en función de los rasgos especialmente protegidos (género, edad, etc.), una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga o comparable”^{747 748}. Como señala Gamonal Contreras, “el elemento comparativo entre

⁷⁴⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: La hora de la igualdad en el trabajo. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo. 91.a reunión, 2003. Informe I (B), p.20. Disponible [en línea] en <http://www.ilo.org/> [citado en mayo de 2015].

⁷⁴⁵ *Ibidem*, p.21. En este sentido, la CIDH ha expresado sobre Chile su preocupación ante “el vínculo directo entre la desigualdad de las mujeres chilenas en el ámbito de la familia y su limitada participación en la esfera política y en el ámbito laboral del país, como consecuencia de la existencia de concepciones estereotipadas de su rol social como mujeres y como madres” (CIDH, Informe sobre los Derechos de las Mujeres en Chile: La igualdad en la familia, el trabajo y la política, OEA/Ser.L/V/II.134 Doc. 63, 27 de marzo de 2009, párr. 11).

⁷⁴⁶ REY MARTÍNEZ: *El derecho fundamental...*, p.63.

⁷⁴⁷ REY MARTÍNEZ: “El modelo europeo de lucha contra la discriminación...”, p.32. *Vid.*, entre otras: SSTJUE sobre los asuntos Abdoulaye y otros c. Régie nationale des usines Renault SA, C-218/98, de 16 de septiembre de 1999, y Griesmar c. Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation, C-366/99, de 29 de noviembre de 2001 ; SSTEDH, asuntos Sunday Times c. Reino Unido (Nº1), núm.6538/74, de 26 de abril de 1979; Van der Mussele c. Bélgica, núm. 8919/80, de 23 de noviembre de 1983, y Rasmussen c. Dinamarca, núm.8777/79, de 28 de noviembre de 1984.

⁷⁴⁸ Por ejemplo, en el ámbito de la Seguridad Social, concretamente respecto del funcionamiento instituciones de salud privadas en Chile, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto la inconstitucionalidad de la normativa que permite cobrar precios distintos por los planes de salud en

hombre y mujer comprende el trato diferente dado a una persona en relación con el dado a otra de distinto sexo, así como el que hubiera recibido esa persona de haber sido otro su sexo”, así, “la cláusula «*but for*» en el derecho inglés y norteamericano implica que es discriminatorio aquel tratamiento que hubiera sido diferente de haberse tratado de un hombre”⁷⁴⁹.

En el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 3/2007 española se señala que “se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable”.

La discriminación directa puede, a su vez, clasificarse en abierta, cuando la distinción en base al sexo es explícita, o encubierta, cuando el motivo que guía la conducta o disposición es el sexo, pero se explicita o pretende justificar uno diverso. Para Quintanilla Navarro “si existen indicios que permitan apreciar tal situación [aquella en la que el sexo es el factor sobre el que se establece un tratamiento diferente y, casi siempre, de manera perjudicial para las trabajadoras], incluso desde el punto de vista formal, se estará ante una discriminación directa, mientras que si dicha situación se produce igualmente, pero bajo una aparente corrección (pues formalmente no se aprecian indicios de discriminación), se tratará de una discriminación directa, pero oculta”⁷⁵⁰. En las discriminaciones directas ocultas o encubiertas “existe un intento de encubrir el factor diferencial real, bajo otras instituciones que quiten relevancia aparente a dicho factor”⁷⁵¹, presentándose “razones aparentes para la diferencia de trato”⁷⁵². En algún momento la figura de la discriminación directa oculta se confundió con la de la

atención al sexo y/o edad de las personas (STCCh Cornejo Catalán contra Isapre Más Vida SA, rol núm.1348-2009, de 27 de abril de 2010, y proceso iniciado de oficio para decidir sobre la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, rol núm. 1710-2010, de 6 de agosto de 2010).

En relación con el sistema privado de pensiones chileno, la CEACR de la OIT ha observado que “la utilización de tablas diferenciadas de mortalidad tiene como consecuencia que las mujeres perciban una pensión menor que los hombres debido a las mayores expectativas de vida de éstas, lo cual podría ser discriminatorio” y ha pedido al Gobierno que evalúe el impacto real de las tablas diferenciadas desde su implementación a la actualidad en los montos percibidos de manera concreta por las pensionadas y que envíe información al respecto (Observación CEACR, adopción: 2012, publicación: 102ª reunión CIT, 2013).

⁷⁴⁹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio: “El principio de no discriminación por razones de sexo en materia laboral”, *Cuadernos Jurídicos de la U. Adolfo Ibáñez*, N° 18, 2003, pp.83-105. Disponible también [en línea] en <http://laboralchile.blogspot.com/2005/09/discriminacion-laboral.html>.

⁷⁵⁰ QUINTANILLA NAVARRO: *Discriminación retributiva...*, p.33.

⁷⁵¹ PÉREZ DEL RÍO: “El principio de igualdad de trato...”, p.287.

⁷⁵² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: “Igualdad y no discriminación en el empleo”, p.480.

discriminación indirecta⁷⁵³, a la que ahora nos referiremos, procurando caracterizarla con la suficiente claridad para diferenciarla de aquella otra figura.

Existirá discriminación indirecta “cuando unas disposiciones y prácticas de carácter aparentemente imparcial redundan en perjuicio de gran número de integrantes de un colectivo determinado, independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate”⁷⁵⁴. Quintanilla Navarro enfatiza que, en las discriminaciones indirectas, “cobra especial relevancia el elemento colectivo de la discriminación, pues no se trata [sólo] de un perjuicio cometido contra un individuo concreto con determinadas características, sino que incide perjudicialmente en los individuos de esas características, es decir, se perjudica al grupo social al que pertenece ese individuo”⁷⁵⁵.

En la discriminación indirecta nos encontramos frente al denominado impacto adverso (*adverse impact*) de disposiciones y prácticas de carácter aparentemente neutral⁷⁵⁶. En Estados Unidos de Norteamérica, al resolver el caso Griggs⁷⁵⁷, en 1971, el Tribunal Supremo de ese país elabora la teoría del impacto o efecto adverso (*adverse impact*), afirmando que “resultan prohibidas no sólo las discriminaciones directas (abiertas o encubiertas) sino también las prácticas formalmente justas pero discriminatorias en su puesta en ejecución o realización, salvo que el empresario pruebe la existencia de una necesidad empresarial (*business necessity*)”⁷⁵⁸.

Entonces, en la discriminación indirecta hay, por una parte, un elemento estadístico, en tanto una medida aparentemente neutra afecta mayoritariamente a un colectivo vulnerable en relación con otro colectivo, y, por otra, una falta de justificación

⁷⁵³ Se mencionan al respecto, las SSTJUE sobre los asuntos Defrenne c. Sabena, 43/75, de 8 de abril de 1976, y Macarthys Ltd c. Wendy Smith, 129/79, de 27 de marzo de 1980. Vid. BALLESTER PASTOR: *Diferencia y discriminación normativa...*, p.43.

⁷⁵⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *La hora de la igualdad...*, p.21.

⁷⁵⁵ QUINTANILLA NAVARRO: *Discriminación retributiva...*, p.34.

⁷⁵⁶ Respecto del efecto desproporcionado sobre un colectivo, en Estados Unidos se ha ocupado un criterio numérico, donde según Gamonal Contreras, “el criterio que más ha primado ha sido el de 80 por 100, o de los 4-5 cuatro quintos, sin perjuicio de que en alguna jurisprudencia se utilizó uno de 1,5 a 1”, mientras que “por su parte, los tribunales británicos no han usado estadísticas sino que han apelado al sentido común” y que el Tribunal de las Comunidades Europeas “tampoco ha fijado regla numérica alguna” (GAMONAL CONTRERAS: “El principio de no discriminación...”).

⁷⁵⁷ Griggs c. Duke Power Co., 401 US 424, 431 (1971).

⁷⁵⁸ GAMONAL CONTRERAS: “El principio de no discriminación...”.

de la necesidad de la medida⁷⁵⁹. Evidentemente para determinar que estamos frente a una discriminación indirecta será necesario que los trabajadores masculinos y femeninos se encuentren en una situación comparable⁷⁶⁰. Es importante consignar que para constatar la existencia de discriminación indirecta se debe atender a los resultados de las medidas empresariales, no exigiéndose la acreditación de una intención discriminatoria.

La Directiva 2006/54/CE define a la discriminación indirecta como “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”. Ya en la Directiva 97/80/CE, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, se consideraba que la discriminación indirecta será aquella que “...afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, a menos que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo”.

En relación con la necesidad empresarial, la STJUE, asunto *Bilka - Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz*, 170/84, de 13 de mayo de 1986, estableció que corresponde al juez “determinar si y en qué medida los motivos expuestos por un empresario para explicar la adopción de una práctica salarial que se aplique con independencia del sexo del trabajador, pero que perjudique de hecho más a las mujeres que a los hombres, pueden ser considerados como razones económicas objetivamente justificadas”. Para el TJUE, en la citada sentencia, en la medida que los medios elegidos por el empresario “responden a una efectiva necesidad de la empresa, son idóneos para

⁷⁵⁹ Como lo expresó en su momento con claridad la STJUE en el asunto *Enderby contra Frenchay Health Authority y Secretary of State for Health*, C-127/92, de 27 de octubre de 1993, al señalar que “[c]uando existen estadísticas significativas que ponen de manifiesto una diferencia considerable de retribución entre dos funciones del mismo valor, una de las cuales es desempeñada casi exclusivamente por mujeres y la otra fundamentalmente por hombres, el artículo 119 del Tratado exige que el empleador justifique dicha diferencia por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.

⁷⁶⁰ Así en la STJUE, asunto *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten, y Wirtschaftskammer Österreich*, C-220/02, de 8 de junio de 2004, se determinó que no es comparable, para el efecto del cálculo de la indemnización por despido, la situación de que se compute, a efectos de la duración de la relación de empleo, los períodos de prestación del servicio militar obligatorio o del servicio civil sustitutorio, efectuados mayoritariamente por los hombres, y que no se computen los períodos de excedencia voluntaria por cuidado de hijos a la que se acogen fundamentalmente las mujeres.

alcanzar el objetivo que ésta persigue y son necesarios a tal fin, la circunstancia de que las medidas de que se trate afecten a un número muy superior de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos no será suficiente para llegar a la conclusión de que implican una infracción del artículo 119”. Se ha destacado también esta sentencia porque en ella el TJUE considera “que no es necesario que exista intención para que exista discriminación indirecta”⁷⁶¹.

Recientemente el TJUE, en el asunto *Kenny y otros c. Minister for Justice, Equality and Law Reform, Minister for Finance y Commissioner of An Garda Síochána*, C-427/11, de 28 de febrero de 2013, ha reconocido bastante amplitud a las eventuales justificaciones, al señalar que “el interés por mantener unas buenas relaciones laborales puede ser tomado en consideración por el órgano jurisdiccional nacional, entre otros elementos, para apreciar si las diferencias entre las retribuciones de dos grupos de trabajadores se deben a factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo y son conformes con el principio de proporcionalidad”.

En las SSTJUE sobre los asuntos *Rummeler c. Dato-Druck GmbH.*, 237/85, de 1 de julio de 1986, y *Danfoss c. Dansk Arbejdsgiverforening*, C- 109/88, de 17 de octubre de 1989, se analizan los factores concretos y los criterios genéricos utilizados en la justificación de la diferencia retributiva entre categorías “para llegar a la conclusión de que la práctica objeto de impacto adverso estadístico para no constituir discriminación indirecta requiere, primero, ser verdaderamente necesaria para el ejercicio de la actividad laboral y, después, ponerse en conexión con los factores concurrentes en las categorías ocupadas mayoritariamente por mujeres, para garantizar que también las condiciones en que se desarrolla su actividad son adecuadamente valoradas desde la perspectiva retributiva”⁷⁶².

Un caso interesante, tanto desde la perspectiva de la discriminación indirecta como de la calificación de trabajos como iguales o de igual valor, es el que se aborda en STJUE, asunto *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse c. Wiener Gebietskrankenkasse*, C-309/97, de 11 de mayo de 1999. Se trata de psicólogos y médicos empleados como psicoterapeutas por una institución, que ejercen una actividad

⁷⁶¹ SEMPERE NAVARRO y CANO GALÁN: “Igualdad y discriminación en el Derecho comunitario...”, p.212.

⁷⁶² BALLESTER PASTOR: “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, p.218.

aparentemente idéntica, siendo el grupo de psicólogos integrado mayoritariamente por mujeres y el de médicos psicoterapeutas integrado mayoritariamente por hombres, y recibiendo estos últimos una remuneración superior a la de aquellos. El TJUE determinó que, aunque ambos realizan en la práctica un trabajo de psicoterapia, “no puede considerarse que se encuentren en una situación comparable dos grupos de trabajadores que han recibido una formación profesional diferente y que, debido al distinto alcance de la habilitación que se deriva de dicha formación y sobre cuya base fueron contratados, son requeridos para ejercer tareas o funciones diferentes”. Al respecto, Ballester Pastor, criticando lo resuelto, recuerda que, de acuerdo a la jurisprudencia anterior del propio TJUE, “la formación adquirida puede ser causa de diferencia retributiva sólo si resulta esencial para el trabajo que se realiza”⁷⁶³, y en este caso, en su concepto, se trataría de una actividad idéntica.

Ballester Pastor se manifiesta igualmente crítica respecto de la STJUE, asunto *Cadman c. Health & Safety Executive*, C-17/05, de 3 de octubre de 2006, la cual considera a la antigüedad como factor legítimo para la fijación de las retribuciones⁷⁶⁴, lo que según esta autora se aleja del criterio del propio tribunal de considerarla como un factor susceptible de implicar tratos discriminatorios en razón del género⁷⁶⁵. Cabe considerar que, como hemos citado anteriormente, en la STJUE, asunto *Kenny y otros c. Minister for Justice, Equality and Law Reform, Minister for Finance y Commissioner of An Garda Síochána*, C-427/11, de 28 de febrero de 2013, se ha expresado que, “en el marco de una discriminación salarial indirecta, incumbe al empleador aportar una justificación objetiva de la diferencia de retribución apreciada entre los trabajadores que se consideran discriminados y las personas de referencia”. Creemos que esta última sentencia resitúa el enfoque, puesto que, apreciándose la situación desfavorable para el colectivo femenino, fruto de la aplicación de factores aparentemente neutros (entre los que podría estar la antigüedad), corresponderá al empresario justificar su aplicación.

⁷⁶³ *Ibidem*.

⁷⁶⁴ Señala la sentencia que, “[d]ado que, por regla general, la utilización del criterio de la antigüedad es idónea para alcanzar la finalidad legítima de recompensar la experiencia adquirida que coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas, el empresario no está obligado a justificar de un modo especial que la utilización de dicho criterio sea idónea para alcanzar la citada finalidad en lo que atañe a un puesto de trabajo determinado, a no ser que el trabajador facilite datos que puedan hacer nacer dudas fundadas a este respecto”.

⁷⁶⁵ *Vid.* BALLESTER PASTOR: “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, p.218.

En todo caso, a la hora de apreciar que efectivamente se produce un impacto adverso estadístico, se requiere contar con datos que den clara cuenta de ello. Se ha afirmado que, entre los motivos que hacen difícil erradicar la discriminación indirecta, se encuentran sobre todo los problemas procedimentales que se plantean, “especialmente en materia de prueba del resultado discriminatorio, cuya demostración exige una prueba estadística nada corriente en nuestro sistema jurisdiccional”⁷⁶⁶. En este sentido, la misma sentencia del asunto Kenny, recién citada, ha reafirmado que “la diferencia de retribución que pone de manifiesto una apariencia de discriminación por razón de sexo debe guardar relación con las personas de referencia que, debido a que su situación se caracteriza por datos estadísticos válidos referidos a un número suficiente de individuos, que no constituyen la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y que, de manera general, resultan significativos”.

En el ordenamiento español encontramos una definición de la discriminación indirecta específicamente respecto del sexo en el artículo 6.2 de Ley Orgánica para la Igualdad. De acuerdo al tenor de la mencionada disposición, “se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.

Para Quintanilla Navarro, en la discriminación indirecta “no es el sexo de los trabajadores el que da lugar a un tratamiento diferenciado entre ellos, pero determinada práctica profesional tiene como resultado que el colectivo feminizado se vea sistemáticamente perjudicado por dicha práctica; por lo que se trataría de una discriminación (pues el resultado de la práctica profesional es igualmente discriminatorio para las trabajadoras), pero indirecta, ya que no se debe a una diferencia de trato establecida directamente en función del sexo de los trabajadores”⁷⁶⁷. Esta autora destaca que esta tipología ha sido asumida por el Tribunal Constitucional español,

⁷⁶⁶ PÉREZ DEL RÍO: “El principio de igualdad de trato...”, p.288.

⁷⁶⁷ QUINTANILLA NAVARRO: *Discriminación retributiva...*, p.33. En ese sentido cabría distinguir la disposición, criterio o práctica, que podría tener una aparente neutralidad, de la situación discriminatoria que acarrea o pudiera acarrear.

citando a dicho efecto varias sentencias⁷⁶⁸. Agrega que “en la identificación de estas discriminaciones se va a poner de manifiesto de manera especialmente clara la irrelevancia de la intención del sujeto que produce el resultado discriminatorio”, y “por ello, este concepto de discriminación permite referirla no sólo a los tratamientos, sino a las situaciones discriminatorias”⁷⁶⁹.

Serían constitutivas de discriminación indirecta las ofertas de empleo que implican una distinción o preferencia basada en requisitos no justificados en necesidades objetivas de la producción. Así se explicita, por ejemplo en el artículo 14 de la Directiva 2006/54, al disponer que “[n]o se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo [...] en relación con [...] las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación...”. La STJUE, asunto Comisión de las Comunidades Europeas c. República Federal de Alemania, 248/83, de 21 de mayo de 1985, señala “que la materia de las ofertas de empleo no se puede excluir *a priori* del ámbito de aplicación de la Directiva 76/207, en la medida en que estas ofertas están estrechamente vinculadas con el acceso al empleo y pueden producir un efecto restrictivo de este acceso”⁷⁷⁰.

Se ha entendido también que estamos frente a una discriminación indirecta cuando se establecen condiciones laborales inferiores para trabajadores a tiempo parcial en relación a los trabajadores de jornada completa, considerando que aquel grupo está constituido mayoritariamente por mujeres. Buena parte de estos casos se refieren a una discriminación retributiva indirecta, pero también es posible identificar algunas situaciones discriminatorias en las condiciones de trabajo.

⁷⁶⁸ Cita, por ejemplo, la STCE 145/1991, de 1 de julio, la cual identifica como discriminaciones a aquellos casos en que “no se da una razón o un motivo discriminatorio, pero se adoptan parámetros profesionales que presuponen condiciones que las mujeres generalmente poseen en menor medida que los hombres, prácticas profesionales formalmente igualitarias, pero discriminatorias en sus efectos”, de este modo, “la discriminación indirecta, al contrario que la directa, no exige un motivo discriminatorio, sino que supone una política, consciente o inconsciente, que tenga un efecto desfavorable sobre las mujeres, y que por ello se evidencia en los resultados, incluso empíricos de esa práctica”.

⁷⁶⁹ QUINTANILLA NAVARRO: *Discriminación retributiva...*, p.34.

⁷⁷⁰ Aunque reconoce que “la Directiva no crea ninguna obligación a cargo de los Estados miembros, de introducir una legislación de alcance general relativa a las ofertas de empleo”.

Es posible reconocer en materia de discriminación indirecta en razón del sexo de los trabajadores a tiempo parcial una doctrina bastante consolidada del TJUE, citándose al respecto las siguientes sentencias: asunto Jenkins c. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd., 96/80, 31 de marzo de 1981, sobre diferente retribución por hora de trabajo para el trabajo a tiempo parcial y para el trabajo a tiempo completo⁷⁷¹; asunto Bilka - Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz, 170/84, de 13 de mayo de 1986, sobre la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial del régimen de pensiones de empresa⁷⁷²; asunto Ingrid Rinner-Kühn c. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG., 171/88, de 13 de julio de 1989, sobre exclusión de los trabajadores a tiempo parcial de abono del salario en caso de enfermedad⁷⁷³; asunto Kowalska c. Freie und Hansestadt Hamburg, C-33/89, de 27 de junio de 1990, sobre exclusión de trabajadores a tiempo parcial de un subsidio transitorio por extinción de la relación laboral⁷⁷⁴; asunto Helga Nimz c. Freie und Hansestadt Hamburg, C-184/89, de 7 de febrero de 1991, sobre exigencia de doble duración del período de servicio a efectos de promoción en el caso de trabajadores a tiempo parcial⁷⁷⁵; asunto Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e.V. c.

⁷⁷¹ Señala la sentencia que “una diferencia de retribución entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial sólo constituye una discriminación prohibida por el artículo 119 del Tratado si es en realidad un medio indirecto para reducir la cuantía de la retribución de los trabajadores a tiempo parcial en razón del hecho de que este grupo de trabajadores está integrado, de manera exclusiva o preponderante, por mujeres”.

⁷⁷² Afirma que “[u]na sociedad de grandes almacenes que excluye a sus empleados a tiempo parcial del régimen de pensiones de empresa infringe el artículo 119 del Tratado CEE, cuando dicha medida afecte a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, a menos que la empresa pruebe que dicha medida se basa en factores objetivamente justificados y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.

⁷⁷³ Declara que “el artículo 119 del Tratado CEE debe ser interpretado en el sentido de que se opone a que una legislación nacional autorice a los empresarios a excluir de la continuación del pago del salario, en caso de enfermedad, a aquellos trabajadores cuya jornada laboral ordinaria no exceda de diez horas semanales o de cuarenta y cinco mensuales, cuando la referida disposición afecte a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, a menos que el Estado miembro pruebe que el régimen en cuestión se justifica en virtud de factores objetivos, ajenos a toda discriminación basada en el sexo”.

⁷⁷⁴ Señal que el artículo 119 del Tratado CEE “debe ser interpretado en el sentido de que prohíbe la aplicación de una disposición de un convenio colectivo para la Administración pública nacional que permite a los empleadores excluir del pago de un subsidio transitorio, en caso de extinción de la relación laboral, a los trabajadores a tiempo parcial, cuando se demuestra que, en realidad, el porcentaje de hombres que trabajan a tiempo parcial es mucho menor que el de mujeres, a menos que el empleador demuestre que la citada disposición está justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.

⁷⁷⁵ Considera como discriminatorio un sistema que “establezca el cómputo en su integridad de la antigüedad de los empleados que trabajen, al menos, las tres cuartas partes de la jornada laboral normal, para su promoción a un nivel retributivo superior y sólo la mitad de dicha antigüedad para los empleados cuya jornada tenga una duración comprendida entre la mitad y las tres cuartas partes de la jornada normal, cuando resulte que, de hecho, este último grupo de trabajadores comprende un porcentaje considerablemente inferior de hombres que de mujeres, a no ser que el empresario acredite que dicha norma está justificada por factores cuya objetividad depende fundamentalmente de la relación entre la naturaleza de la función desempeñada y la experiencia que el ejercicio de dicha función aporte tras un determinado número de horas de trabajo realizadas”.

Johanna Lewark, de 6 de febrero de 1996, sobre compensación por la participación en cursos de formación⁷⁷⁶; asunto Kording c. Senator für Finanzen, C-100/95, de 2 de octubre de 1997, sobre derecho a la exención del examen de acceso a una profesión; asunto Hill y Stapleton c. The Revenue Commissioners y Department of Finance, C-243/95, de 17 de junio de 1998, sobre ascenso basado en el criterio de tiempo efectivamente trabajado⁷⁷⁷; asunto Steinicke c. Bundesanstalt für Arbeit, C-77/02, de 11 de septiembre de 2003, sobre régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad⁷⁷⁸; asunto Edeltraud Elsner-Lakeberg c. Land Nordrhein-Westfalen, C-285/02, de 27 de mayo de 2004, sobre obligación a trabajar el mismo número de horas extraordinarias para tener derecho a una retribución⁷⁷⁹, y asunto Ursula Voß c. Land Berlin, C-300/06, de 6 de diciembre de 2007, sobre discriminación indirecta de las

⁷⁷⁶ Califica de discriminatoria “una legislación nacional que, sin ser adecuada para alcanzar un objetivo legítimo de política social y necesaria a tal fin, tenga como consecuencia limitar hasta su horario laboral individual la compensación que los miembros de comités de empresa empleados a tiempo parcial deben obtener de su empresa en concepto de su participación en cursos de formación en los que se impartan conocimientos necesarios para la actividad de los comités de empresa, organizados durante la jornada laboral completa vigente en la empresa, pero que exceden de su horario individual de trabajo a tiempo parcial, mientras que los miembros de comités de empresa que trabajan en jornada completa obtienen una compensación por su participación en estos mismos cursos, hasta el límite correspondiente a su horario laboral”. En similar sentido, SSTJUE recaída en los asuntos Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e.V. c. Monika Bötzel, C-360/90, de 4 de junio de 1992, y Edith Freers y Hannelore Speckmann c. Deutsche Bundespost, C-278/93, de 7 de marzo de 1996.

⁷⁷⁷ Señala que “[e]l artículo 119 del Tratado CE y la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, deben interpretarse en el sentido de que, en una situación en la que un porcentaje mucho mayor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos desempeña un empleo en jornada compartida, se oponen a una normativa conforme a la cual a los trabajadores a tiempo compartido que acceden a un empleo en jornada completa se les atribuye un grado de la escala retributiva correspondiente al personal que trabaja en jornada completa inferior al de la escala retributiva correspondiente al personal que trabaja en jornada compartida que tenían anteriormente, debido a que el empleador aplica el criterio de servicio calculado en términos de tiempo efectivamente trabajado, a menos que dicha normativa esté justificada por criterios objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.

⁷⁷⁸ Estima discriminatoria una disposición “según la cual sólo puede concederse el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad al funcionario que haya trabajado a tiempo completo tres años en total, como mínimo, en los cinco años inmediatamente anteriores al comienzo del empleo a tiempo parcial, cuando existen muchas más mujeres que hombres que trabajan a tiempo parcial y que, por este motivo, con arreglo a dicha disposición, están excluidas del trabajo a tiempo parcial por razón de la edad, a menos que tal disposición esté justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo”.

⁷⁷⁹ Señala que “[l]os artículos 141 CE y 1 de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional por la que los profesores a tiempo parcial no perciben –ni tampoco los que trabajan a tiempo completo– ninguna retribución por las horas extraordinarias que realizan cuando éstas no superan tres horas al mes, si esta diferencia de trato afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres y si tal diferencia de trato no puede justificarse por un objetivo ajeno a la pertenencia a un determinado sexo o no es necesaria para alcanzar el objetivo perseguido”.

trabajadoras empleadas a tiempo parcial en la prestación de horas extraordinarias⁷⁸⁰. Similar criterio ha existido en relación con la seguridad social, donde podemos citar, por ejemplo, la reciente STJUE, asunto Elbal Moreno c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), C-385/11, de 22 de noviembre de 2012 sobre pensión de jubilación contributiva⁷⁸¹.

La STJUE, asunto Wippel c. Peek & Cloppenburg GmbH & Co KG C-313/02, de 12 de octubre de 2004, sobre duración de la jornada y distribución del tiempo de trabajo, llega a una conclusión diferente de los casos citados, al estimar que no existe ningún trabajador a tiempo completo comparable a la mujer con un contrato de trabajo a tiempo parcial en función de las necesidades, que no establece ni la duración de la jornada semanal ni la distribución del tiempo de trabajo; por cuanto la situación de aquellos trabajadores no es similar a la de los trabajadores a tiempo parcial en función de las necesidades, toda vez que aquella categoría de trabajadores se caracteriza por estar obligados a trabajar durante una jornada semanal fija, sin poder rechazar este trabajo en el caso de que no puedan o no quieran trabajar, mientras que los que tienen un contrato de trabajo a tiempo parcial, en el que la duración de la jornada semanal y su distribución no están establecidas, sino que dependen de la carga de trabajo y deben

⁷⁸⁰ Declara que “el artículo 141 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en materia de retribución de los funcionarios que, por una parte, define las horas extraordinarias efectuadas tanto por los funcionarios empleados a jornada completa como por los empleados a tiempo parcial como las horas que trabajan fuera de su tiempo individual de trabajo y, por otra parte, remunera estas horas a un nivel inferior a la retribución horaria aplicada a las horas efectuadas dentro del tiempo individual de trabajo, de forma que los funcionarios empleados a tiempo parcial están peor remunerados que los funcionarios empleados a jornada completa en lo que se refiere a las horas que efectúan fuera de su tiempo individual de trabajo y hasta el límite del número de horas que debe trabajar un funcionario empleado a jornada completa en el marco de su tiempo de trabajo, en el supuesto de que entre los trabajadores a los que se aplica la normativa controvertida esté afectado un porcentaje considerablemente más elevado de trabajadoras que de trabajadores, y la diferencia de trato no esté justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo”. En algún momento existió una doctrina diversa, expresada en la STJUE, de 15 de diciembre de 1994, que se pronunció sobre los asuntos acumulados Stadt Lengerich y otros/Helmig y otros, C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 y C-78/93, declarando que “[e]l artículo 119 del Tratado CEE y el artículo 1 de la Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, no se oponen a que un Convenio Colectivo sólo prevea el pago de complementos por horas extraordinarias en caso de sobrepasar la jornada normal de trabajo que dicho Convenio establece para los trabajadores a jornada completa”.

⁷⁸¹ En ella se afirma que “[e]l artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada”.

determinarse caso por caso, son libres de aceptar o rechazar cada trabajo que se les proponga.

También podrían constituir discriminación indirecta las disposiciones especiales en la ley sobre los trabajadores de casa particular, cuando establezcan condiciones de trabajo menos favorables en relación con el resto de los trabajadores, no suficientemente justificadas, en la medida que los servicios domésticos son prestados de forma inmensamente mayoritaria por mujeres⁷⁸². Se ha constatado que sólo el 10 por ciento de todos los trabajadores domésticos del mundo está cubierto por la legislación laboral en un mismo nivel que los demás trabajadores⁷⁸³.

De esta materia se hace cargo el Convenio de la OIT núm.189, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, cuya entrada en vigor internacionalmente fue el 5 septiembre 2013⁷⁸⁴. En su preámbulo se destaca que “el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado e invisible y que lo realizan principalmente las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas, y son particularmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo y de trabajo, así como a otros abusos de los derechos humanos”.

Destaca en el citado convenio núm.189 lo dispuesto en su artículo 10.1, en orden a que “[t]odo Miembro deberá adoptar medidas con miras a asegurar la igualdad de trato entre los trabajadores domésticos y los trabajadores en general en relación a las horas normales de trabajo, la compensación de las horas extraordinarias, los períodos de descanso diarios y semanales y las vacaciones anuales pagadas, en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos, teniendo en cuenta las características

⁷⁸² Así, “[l]as estimaciones actuales relativas a los trabajadores domésticos indican que la gran mayoría (el 83 por ciento) de los 52,6 millones de trabajadores domésticos del mundo son mujeres y constituyen el 7,5 por ciento del total mundial de trabajadoras asalariadas” (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo*, párr. 795). La alta feminización de este colectivo es evidente en España, donde el 90% de los trabajadores domésticos son mujeres (Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Domestic Workers Across the World*, p.35). Para una caracterización del trabajo doméstico en América Latina, vid. VALENZUELA, María Elena y MORA, Claudia (Ed.): *Trabajo doméstico: un largo camino hacia el trabajo decente*, Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, 2009, 304 pp.

⁷⁸³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Domestic Workers Across the World: Global and regional statistics and the extent of legal protection*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2013, p.95.

⁷⁸⁴ Este convenio fue ratificado por Chile el 10 junio de 2015. No se registra la ratificación del mismo por España.

especiales del trabajo doméstico”, como el artículo 14.1, que busca “asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad”.

c) Discriminación por razón de sexo, maternidad y responsabilidades familiares

No sólo se considera como discriminación en razón del sexo la exclusión o trato diferente dado a una mujer por el hecho de ser tal, sino que también aquella que pudiera basarse en una situación o condición que sólo pudiera estar presente en ellas. Ello sucede, por ejemplo, con el embarazo y la maternidad, lo que ha sido reconocido sistemáticamente por la jurisprudencia⁷⁸⁵.

Cabe consignar que, desde otra perspectiva, el embarazo y la maternidad, en tanto se entiende deben ser protegidos, pueden dar lugar a distintas medidas favorables a la mujer, las cuales no se estiman discriminatorias. Esta comprensión está presente en el artículo 5 del Convenio núm.111, que expresa que “[l]as medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo [entre las que están las relativas a la protección de la maternidad] no se consideran como discriminatorias”. Así lo ha entendido también la jurisprudencia⁷⁸⁶.

Sobre la comprensión como discriminación directa en razón del sexo de distinciones, exclusiones o preferencias basadas en el embarazo y la maternidad existe una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷⁸⁷. Respecto

⁷⁸⁵ También los órganos de control de la OIT han entendido que las distinciones en el empleo y la ocupación por causa de embarazo o maternidad son discriminatorias en razón del sexo, puesto que por definición afectan únicamente a las mujeres (*Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo*, párr. 784). Debemos recordar que el propio Convenio núm.183, sobre la protección de la maternidad, del año 2000, ha sido concebido en clave de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres.

⁷⁸⁶ Así, por ejemplo, para el TJUE no se considera contrario al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que un Estado pueda conceder a la madre, tras la expiración del plazo legal de protección, un período de descanso por maternidad con el pago de una retribución (asunto *Hofmann c. Barmer Ersatzkasse*, 184/83, de 12 de julio de 1984).

⁷⁸⁷ Según algunos autores en la jurisprudencia comunitaria en materia igualdad se pueden identificar diversas fases, considerando cierta concentración de sentencias en determinados aspectos. A la primera centrada en lo salarial, ha seguido una etapa en que han existido una serie de pronunciamientos sobre discriminación de la mujer embarazada, como los que hemos citado. Posteriormente han sido objeto de

de ella se pueden citar, como ejemplos, las sentencias de los asuntos Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus, C-117/88, de 8 de noviembre de 1990, sobre no contratación de una candidata embarazada⁷⁸⁸; Webb c. EMO Air Cargo, C-32/93, de 14 de julio de 1994, sobre trabajadora embarazada contratada para remplazar a otra con permiso de maternidad⁷⁸⁹; Habermann-Beltermann c. Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Ndb./Opf. e.V., C-421/92, de 5 de mayo de 1994, relativa a prohibición de trabajo nocturno de mujeres embarazadas⁷⁹⁰; Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) c. Evelyne Thibault, C-136/95, de 30 de abril de 1998 sobre promoción profesional y permiso por maternidad⁷⁹¹; Brown c. Rentokil Ltd., C-394/96, de 30 de junio de 1998, que revoca doctrina sostenida en los asuntos Hertz c. Aldi Marked K/S, 179/88, de 8 de noviembre de 1990 y Larsson, C-400/95, de 29 de mayo de 1997, sobre enfermedades relacionadas con el embarazo⁷⁹², y Paquay c. Société d'architectes Hoet + Minne SPRL, C-460/06,

tratamiento las medidas de acción positiva en materia de empleo (*Vid.* GARCÍA MURCIA, Joaquín: “Jurisprudencia comunitaria y ordenamiento laboral español. Comentario a seis ejemplos y algunas reflexiones”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 8, 2005, RI §403839, p.2).

⁷⁸⁸ Señala la sentencia que “[u]n empresario viola directamente el principio de igualdad de trato [...], si se niega a celebrar un contrato de trabajo con una candidata que había considerado apta para ejercer la actividad de que se trata, cuando esta negativa de contratación se basa en las eventuales consecuencias, perjudiciales para el empresario, que se seguirían de la contratación de una mujer embarazada y que tienen su origen en normas promulgadas por las autoridades públicas en materia de incapacidad laboral que asimilan la incapacidad para ejercer una actividad por causa de maternidad a la incapacidad para ejercer una actividad por causa de enfermedad”.

⁷⁸⁹ Concluye el TJUE que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres “se opone al despido de una trabajadora que ha sido contratada por tiempo indefinido con el objeto de sustituir, en un primer momento, a otra trabajadora durante el permiso de maternidad de esta última y que no puede llevar a cabo dicha sustitución porque poco después de su contratación se encuentra embarazada”.

⁷⁹⁰ Declara que la normativa comunitaria sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres “se opone a que un contrato de trabajo, de duración indeterminada, relativo a un trabajo que debe ser efectuado de noche y celebrado entre un empresario y una trabajadora embarazada, ignorando ambos dicho embarazo, sea, por una parte, declarado nulo debido a la prohibición legal del trabajo nocturno que se aplica, conforme al Derecho nacional, durante el embarazo y la lactancia materna y, por otra, impugnado por el empresario debido a un error sobre las cualidades esenciales de la trabajadora en el momento en que se celebró el contrato”.

⁷⁹¹ Afirma el TJUE que la igualdad de trato entre hombres y mujeres se opone “a una normativa nacional que prive a una mujer del derecho a ser calificada y, en consecuencia, de poder beneficiarse de una promoción profesional, por haber estado ausente de la empresa debido a un permiso por maternidad”.

⁷⁹² Estima el tribunal que el apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, “se oponen al despido de una trabajadora en cualquier momento de su embarazo por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por una enfermedad causada por dicho embarazo” y que “[l]a circunstancia de que se despida a la trabajadora durante su embarazo en virtud de una cláusula contractual que permite al empresario despedir a los trabajadores, independientemente de su sexo, después de un número determinado de semanas de ausencia continuada no puede modificar la respuesta dada a la primera parte de la primera cuestión”. En el caso Larsson, un año antes, se había señalado que “el apartado 1 del artículo 5, en relación con el apartado 1 del artículo 2 de esta Directiva, no se opone a los despidos que son consecuencia de ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo o el parto, aunque dicha enfermedad haya aparecido durante el embarazo y se haya prolongado durante y después de transcurrido el período de descanso por

de 11 de octubre de 2007, sobre despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo⁷⁹³. En relación con la discriminación retributiva ligada a la maternidad, se ha destacado que, considerando una serie de sentencias sobre aspectos específicos, es posible afirmar que “el permiso de maternidad se ha interpretado por el TJUE como un derecho de aplicación absoluta e incondicionada, cuyo ejercicio no puede tener ninguna repercusión negativa en la persona de la trabajadora”⁷⁹⁴.

El Tribunal Constitucional de España, en la STCE 17/2007, de 12 de febrero, ha considerado preciso recordar que ha tenido ocasión de mantener que la discriminación por sexo “no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada”, sino que “también engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por todas, recogiendo doctrina precedente, SSTC 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 182/2005, de 4 de julio, FJ 4, y 214/2006, de 3 de julio, FJ 3)”. Agrega el Tribunal que “tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 98/2003, de 2 de junio, FJ 4; 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; y 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 3)”. Por ello, “partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo

maternidad”. Con todo, en la propia sentencia del caso Larsson se consigna que el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE establece la prohibición de despido, salvo en los casos excepcionales no inherentes al estado de la interesada, durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso por maternidad, pero se deja constancia que “en el momento del despido de la Sra. Larsson aún no había expirado el plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva 92/85”.

⁷⁹³ Indica la sentencia que es contraria a las disposiciones de Derecho comunitario que se cita una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo “cualquiera que sea el momento en que se notifique esa decisión de despido e incluso si se notifica una vez finalizado el período de protección establecido en el artículo 10 de la Directiva 92/85”.

⁷⁹⁴ BALLESTER PASTOR: “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, p.225. Se puede citar al respecto las SSTJUE sobre los asuntos Gillespie y otros c. Northern Health and Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board y Southern Health and Social Services Board, C-342/93, de 13 de febrero de 1996; Boyle y otras c. Equal Opportunities Commission, C-411/96, de 27 de octubre de 1998; Høj Pedersen c. Fællesforeningen for Danmarks Brugsforeninger y Dansk Tandlægeforening y Kristelig Funktionær-Organisation c. Dansk Handel & Service C-66/96, de 19 de noviembre de 1999, Lewen c. Lothar Denda, C-333/97, de 21 de octubre de 1999; Abdoulaye y otros c. Régie nationale des usines Renault SA, C-218/98, de 16 de septiembre de 1999; Merino Gómez c. Continental Industrias del Caucho SA, C-342/01, de 18 de marzo de 2004; Land Brandenburg y Ursula Sass, C-284/02, de 18 de noviembre de 2004; Sarkatzis Herrero c. Instituto Madrileño de la Salud, C-294/04, de 16 de febrero de 2006, y asunto Kiiski c. Tampereen kaupunki, C-116/06, de 20 de septiembre de 2007.

basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE, la doctrina de este Tribunal ha estimado diversos recursos de amparo por este motivo también en relación con decisiones no causales, a saber, en concreto sobre resolución del contrato de trabajo en periodo de prueba (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, y 166/1988, de 26 de septiembre), o la no renovación de contrato de trabajo temporal (STC 173/1994, de 7 de junio)”⁷⁹⁵.

A partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha establecido que el trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo, se estimó necesario que ello figurara expresamente en la Directiva 2006/54. En su artículo 2.2 c) se señala el concepto de discriminación incluirá “el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE”⁷⁹⁶.

De igual modo, en la Ley Orgánica 3/2007 de España es posible constatar un ejemplo en el que el legislador se hace cargo expresamente de los criterios formulados tanto por el Tribunal del Justicia de la Unión Europea -recogidos por la Directiva 2006/54- como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, al disponer en su artículo 8 que “constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”.

⁷⁹⁵ En la STCE 173/2013, de 10 de octubre, la mayoría del Tribunal entiende que no resulta aplicable al desistimiento empresarial durante el período de prueba la regla sobre la nulidad objetiva del despido en caso de embarazo establecida por el artículo 55.5 b) LET, sino la nulidad por discriminación; sin embargo, concluye que en este caso no existen indicios de discriminación. Discrepando de la decisión mayoritaria, se formula voto particular, que, fundado en la protección constitucional directa y generalizada de los derechos fundamentales, afirma la protección integral del embarazo frente a la extinción del contrato, sin que pueda diferenciarse entre despido causal y cese en período de prueba (*Vid. SEVERIN CONCHA, Juan Pablo “Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 173/2013, de 10 de octubre de 2013 [BOE n.º 267, de 7-XI-2013]. Nulidad de decisión extintiva en período de prueba de contrato de trabajadora embarazada”, en Ars Iuris Salmanticensis: AIS : Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología, Vol. 2, N.º. 1, 2014, pp.368-370*)

⁷⁹⁶ En consecuencia con dicho reconocimiento se dispone en el artículo 15 que la mujer en permiso de maternidad “tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia”, y en el artículo 16, sobre permiso de paternidad y de adopción, dispone que los Estados miembros que reconozcan tales derechos “tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores —hombres y mujeres— del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que, al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia”.

En Chile, el inciso final del artículo 194 del Código del Trabajo⁷⁹⁷ dispone que “[n]ingún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez”. Al introducir esta disposición se buscó impedir una práctica discriminatoria, que se daba con bastante frecuencia en perjuicio de las mujeres, al exigírseles acreditar que no estaban embarazadas como condición para su contratación o promoción. Evidentemente tal conducta, según hemos venido argumentando, no podría sino ser calificada como una discriminación directa en razón del sexo, puesto que sólo se exigía a ellas tal certificación, ya que sólo las mujeres podían encontrarse en dicho estado.

En Chile las mujeres mientras están embarazadas y hasta un año después de expirado el permiso de maternidad gozan de fuero laboral, el que se traduce en que para poner término a su contrato el empresario deba solicitar autorización a un tribunal laboral, el que podrá concederla cuando concurren determinadas causales. El vencimiento del plazo del contrato es una de esas causales, y de manera sistemática los tribunales chilenos han autorizado la finalización del contrato al verificarse el cumplimiento del mismo. Resulta interesante destacar la sentencia del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Promotora CMR Falabella con Marin”, en la causa RIT O-1104-2011, de 23 de mayo de 2011, la cual constatando “una tendencia discriminatoria que sitúa a la mujer embarazada como objeto de políticas que se materializan en la decisión de expulsión de la empresa apenas conocida su situación de gravidez”, y teniendo en cuenta “la protección constitucional prevista en los artículos 19, número 1, inciso segundo y el bloque constitucional de derechos consagrado, entre otras normas, especialmente en el artículo 10, número 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y 11, número 1 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, ha rechazado la solicitud empresarial, a pesar de haberse verificado el cumplimiento del plazo.

⁷⁹⁷ Inciso agregado por ley 19.591, de noviembre de 1998.

Además del embarazo, hay otras situaciones o condiciones que sólo pueden estar presentes en las mujeres y cuya consideración puede ser discriminatoria. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en asunto *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, C-506/06, de 26 de febrero de 2008, ha señalado que “el despido de una trabajadora basado fundamentalmente en el hecho de que ésta se somete a [...] un tratamiento de fecundación in vitro constituye una discriminación directa basada en el sexo”, considerando que “las intervenciones de que se trata en el asunto principal, es decir, una punción folicular y la transferencia al útero de la mujer de los óvulos extraídos de esta punción inmediatamente después de su fecundación, sólo afectan directamente a las mujeres”.

En las últimas décadas, junto a la protección de la maternidad, hemos asistido a un significativo desarrollo de normativa relativa a las responsabilidades familiares de las personas que trabajan y que han pretendido facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral. Se han considerado, entre otras medidas, la adaptación de las jornadas de trabajo, permisos paternales y parentales con ocasión de parto, adopción o acogimiento, excedencias y permisos (remunerados o no) por motivos familiares (por ejemplo, cuidados de enfermos, fallecimiento de parientes).

Los mecanismos de conciliación de la vida familiar y laboral se relacionan con la igualdad y la no discriminación por razón de sexo desde diversas perspectivas. Resulta evidente que, aunque con frecuencia se han establecido tanto para trabajadores como para trabajadoras, tales mecanismos han facilitado el acceso de las mujeres al empleo, permitiendo reducir brechas en materia de inserción laboral. Por otra parte, al establecerse derechos parentales, cuyos titulares serán la madre y/o el padre, e incorporar otros específicos para los padres, se reducen las asimetrías en materia de costes económicos y exigencias organizativas que las empresas consideran a la hora de decidir la contratación de mujeres o varones⁷⁹⁸. Nos recuerda la Comisión Europea que “[l]a atribución a hombres y mujeres de roles tradicionales rígidos puede restringir las opciones individuales y limitar el potencial de unos y otras” y que “[p]or ello, una contribución esencial en pro de la igualdad es fomentar los roles no discriminatorios en

⁷⁹⁸ Se ha destacado que la normativa comunitaria parte del presupuesto de la igualdad en el disfrute de los permisos y beneficios, lo que “aparece a su vez como presupuesto para la eliminación de la segregación en el trabajo” (BALLESTER PASTOR: “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, p.227).

todos los ámbitos de la vida”⁷⁹⁹. Por su parte, en el Convenio núm.156 de la OIT, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, de 1981, se expresa que “con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras”, se busca que “las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales”⁸⁰⁰.

Cabe preguntarse si la discriminación que se produce con ocasión del ejercicio de los derechos de conciliación puede ser considerada como discriminación en razón del sexo. Obvio es, desde nuestra perspectiva, que, en la medida que se trate de derechos reconocidos exclusivamente a la madre, la situación es similar a la del embarazo. Ofrecen mayor complejidad los supuestos en que los mecanismos de conciliación han sido establecidos para los que puedan disfrutar padres o madres, cuando, con ocasión de su ejercicio, se produce un acto empresarial discriminatorio⁸⁰¹. En estos supuestos creemos que habrá que atender a las circunstancias del caso. No obstante estar establecido un derecho para cualquier trabajador o trabajadora, si son las mujeres quienes lo ejercen de manera claramente mayoritaria y existe un trato desfavorable frente a su ejercicio, podríamos encontrarnos frente a una discriminación en razón del sexo.

⁷⁹⁹ COMISIÓN EUROPEA: Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015, punto 6.1.

⁸⁰⁰ Se ha destacado que, aunque este convenio se refiere tanto a las mujeres como a los hombres, “es presumible que el objetivo de no discriminación por esta causa afecte en mayor medida al colectivo femenino que al masculino”, de modo que se trata “de un procedimiento indirecto de promoción de la mujer bastante generalizado en la actualidad, en el que la eliminación de referencias a ésta pretende la no perpetuación de roles tradicionalmente femeninos” (BALLESTER PASTOR: *Diferencia y discriminación normativa...*, p.17).

Para la OIT “[l]as medidas legislativas, o de otra índole, destinadas a respaldar a los trabajadores con responsabilidades familiares son esenciales para promover la igualdad de género en el empleo y la ocupación y constituyen un «complemento inevitable de los principios de igualdad ya consagrados»” (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo*, párr. 785).

En esa misma línea, el artículo 44 de la citada Ley Orgánica 3/2007 expresa que “[l]os derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio”.

⁸⁰¹ Se afirma que “es indiscutible que la carga de las responsabilidades familiares es desigual puesto que pone a las mujeres en una situación de desventaja con más frecuencia que a los hombres” (BRONSTEIN: *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo*, p.189).

A este respecto, Ballester Pastor hace presente que, en el ámbito de la conciliación, “el TJUE se ha limitado a reconocer formalmente que la compatibilidad de familia y trabajo constituye el corolario del principio de igualdad entre hombres y mujeres, pero sin llegar a reconocer en beneficio de las trabajadoras que asumían permisos parentales derechos tan firmes y absolutos como los vinculados al permiso de maternidad”, Con todo, destaca que, “al tiempo que el TJUE ha ido desvinculando la cuestión de la conciliación de la discriminación por razón de género, se ha ido produciendo un reforzamiento de la causa de conciliación como causa autónoma de discriminación prohibida”⁸⁰².

Creemos que es pertinente tener en cuenta la STJUE, asunto Roca Álvarez contra Sesa Start España ETT SA., C-104/09, 30 de septiembre de 2010, que estimó que se opone a la igualdad entre hombres y mujeres “una medida nacional [...] que prevé que las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena”. Lo interesante es que razona en la línea de que tal medida atenta contra la mujeres, pues tal denegación al padre “podría dar lugar a que una mujer, como la madre del hijo del Sr. Roca Álvarez, que es trabajadora por cuenta propia, se viera obligada a limitar su actividad profesional, y soportar sola la carga derivada del nacimiento de su hijo, sin poder recibir la ayuda del padre del niño”, de modo que “una medida como la controvertida en el litigio principal no constituye una medida que tenga como efecto eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir para las mujeres en la realidad de la vida social, en el sentido del artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207, ni una medida tendente a lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden surgir en la vida social y, de este modo, evitar o compensar, conforme al artículo 157 TFUE, apartado 4, las desventajas en la carrera profesional de las personas afectadas”.

⁸⁰² BALLESTER PASTOR: “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, p.228. Cita al respecto las SSTJUE en los asuntos Meerts c. Proost NV, C-116/08 de 22 de octubre de 2009, y Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols c. Land Tirol, C-486/08, de 22 de abril de 2010.

En España, cobra relevancia la STCE 26/2011, de 14 de marzo, relativa a un caso de conciliación de un trabajador varón. En ella, si bien se afirma que “resultaría difícil apreciar la existencia de discriminación por razón de sexo que alega el recurrente, pues [...] el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres”, se concluye que “no ha sido debidamente tutelado por los órganos judiciales el derecho fundamental del recurrente a la no discriminación por razón de sus circunstancias personales o familiares (art. 14 CE), relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad (art. 39.3 CE)”. En ella también es posible entender que existe la afirmación de la causa de conciliación como causa autónoma de discriminación prohibida. En este sentido, se sostiene que, si bien “las medidas de conciliación se vinculan con el objetivo de la igualdad de oportunidades por razón de sexo dada la asunción tradicional de las responsabilidades familiares por las mujeres”, sin embargo, ellas “apuntan a la necesidad de proteger en plano de igualdad a los hombres y mujeres que ejerzan los derechos de conciliación para asumir sus responsabilidades familiares, en atención a la consideración de los obstáculos que impiden o dificultan el principio de igualdad de oportunidades de los trabajadores con responsabilidades familiares”⁸⁰³.

d) Víctimas de la discriminación por razón de sexo.

Hemos señalado que la discriminación en razón del sexo entraña una situación de desventaja de las personas de un sexo en relación con las del otro. Cabe preguntarse entonces si tanto las mujeres como los hombres pueden ser víctimas de la discriminación por sexo.

Limitándose a un enfoque meramente basado en la concepción formal de la igualdad y la no discriminación, toda vez que se realice una distinción arbitraria basada en el sexo, estaríamos frente a un acto discriminatorio. De modo que si a un hombre se le perjudica o excluye precisamente por su condición de varón, sin una justificación

⁸⁰³ ALONSO BRAVO, Milagros: “La tutela del derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de sus circunstancias familiares. Un mecanismo coherente para fomentar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de responsabilidades familiares”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28, Iustel, Madrid, 2012, pp.140-163.

razonable, se le estaría discriminando. Sin embargo, desde una concepción que busca una igualdad material y comprende la prohibición de la discriminación desde la perspectiva de terminar con criterios y prácticas odiosos que excluyen, marginan y atentan a la dignidad humana, no es posible desconocer que histórica y actualmente son las mujeres las víctimas de la discriminación por sexo.

Con todo, en la propia legislación el asunto no siempre está del todo claro. Así podemos ver en España que el artículo 17.4 del Estatuto de los Trabajadores, modificado por Ley Orgánica para la Igualdad señala primero que “la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones” y luego dice que “a tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate”. Entonces, cabe preguntarse si las medidas de acción positiva que puede establecerse mediante la negociación colectiva son a favor de las mujeres o del sexo menos representado, o si son sólo respecto de las mujeres, siempre que sean el sexo menos representado.

El asunto Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group, 262/88, de 17 de mayo de 1990, sobre pago anticipado de una pensión de jubilación frente a despido por causas económicas es una excepcional sentencia del TJUE, que declara la existencia de una discriminación en razón del sexo cuya víctima es un hombre. Señala que el artículo 119 del Tratado “se opone a que un hombre despedido por causas económicas sólo pueda tener derecho a una pensión con pago diferido a la edad normal de jubilación, mientras que una mujer que se encuentre en las mismas circunstancias tiene derecho a una pensión de jubilación inmediata, debido a la aplicación de un requisito de edad distinto según el sexo, que corresponde a una diferencia prevista por el régimen legal nacional para la concesión de las pensiones de jubilación”.

Un matiz diferente se aprecia en la sentencia del TEDH sobre los asuntos acumulados Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido, núm.9214/80, 9473/81 y 9474/81, de 28 de mayo de 1985. En ella se estima que ha existido una discriminación por razón de sexo al prohibirse la entrada al país a los maridos de trabajadoras extranjeras con permiso de trabajo, lo que no sucede respecto de las esposas de los

trabajadores varones, medida gubernamental que “*ne cadrerait plus avec les exigences modernes de l'égalité des sexes*”. Lo interesante es que las conclusiones del fallo descansan, entre otros argumentos, sobre el rechazo a una concepción tradicional del rol de las mujeres en la sociedad⁸⁰⁴.

En España, si bien han existido sentencias que acogen demandas de hombres que se estiman discriminados por sexo (por ejemplo, en relación con pensiones para viudos, en la STCE 103/1983, de 22 de noviembre), la doctrina ha criticado dichos fallos, argumentando que responderían a una concepción formal de la igualdad y no a verdaderos casos de discriminación.

Respecto de si las víctimas de la discriminación por razón de sexo son sólo los individuos o pueden ser colectivos, debemos señalar en primer lugar que normalmente cuando se discrimina se afecta a individuos, pero estos forman parte de colectivos e incluso precisamente por dicha pertenencia es que se les menoscaba. Existen en los términos utilizados por la OIT “colectivos vulnerables a la discriminación”⁸⁰⁵.

e) ¿Podría justificarse por el empresario la distinción por sexo en ciertos supuestos?

Debemos tener presente que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, entre las medidas apropiadas para enfrentar tal discriminación en el ámbito laboral, busca, como se expresa en el artículo 11.1 b), que se le asegure a ella el derecho “a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo”. Debemos, entonces, entender que eventuales consideraciones del sexo a efectos laborales sólo podrían admitirse de manera excepcionalísima, cuando exista una justificación suficiente.

⁸⁰⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: “Un importante paso en la tutela antidiscriminatoria”, en *Relaciones Laborales*, T. II 1985, pp.3-15.

⁸⁰⁵ Ver ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Conferencia Internacional del Trabajo. 96 .a reunión, 2007.Informe I (B). Disponible [en línea] en: <http://www.ilo.org/> [citado en mayo de 2015].

De conformidad con el artículo 1, 2) del Convenio núm. 111, “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”⁸⁰⁶. La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha recordado que esta excepción “debe interpretarse de manera restrictiva a fin de evitar una limitación indebida de la protección que debe proporcionar el Convenio”⁸⁰⁷. El citado órgano de control ha enfatizado que “[e]l concepto de «un empleo determinado» hace referencia a un empleo, función o tareas específicos y definibles, y toda limitación ha de estar impuesta por las características del empleo en particular y ser proporcional a las exigencias de la situación”⁸⁰⁸. En particular, si bien reconoce que pueden autorizarse distinciones basadas en el sexo para algunos empleos, tales como las artes escénicas o los empleos relacionados con la intimidación física, afirma que “esas distinciones deberían determinarse sobre una base objetiva y tener en cuenta las capacidades individuales”⁸⁰⁹.

El artículo 14.2 de la Directiva 2006/54 establece que “[l]os Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”. En esta línea, debemos recordar el criterio establecido por Tribunal Europeo, que considera que una distinción es discriminatoria si ella carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un objetivo legítimo o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido. Esta temática fue originalmente regulada en artículo 2.2 de la Directiva 76/207⁸¹⁰, el cual fue modificado por la

⁸⁰⁶ La CEACR de la OIT, en su Estudio General de 1988 (párrs. 124 a 133) y su Estudio especial de 1996 (párrs. 118 a 122), ha proporcionado explicaciones detalladas sobre el significado de esta excepción y sobre la manera en que se debería aplicar.

⁸⁰⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo*, párr. 827.

⁸⁰⁸ *Ibidem*, párr. 828.

⁸⁰⁹ *Ibidem*, párr. 830.

⁸¹⁰ La interpretación y aplicación de esta Directiva por el TJUE se estimó, en su momento, que era “más restrictiva que la doctrina inglesa que admite «todo motivo aceptable a personas que piensan correctamente»”, “más estricta que la doctrina americana del «*business necessity*» o que la alemana y francesa de la «defensa del mercado»”, aunque menos estricta que la ley italiana que exigía “que tales

Directiva 2002/7/-CEE, pasando a ser el artículo 2.6, cuyo texto coincide con el actual artículo 14.2 de la Directiva 2006/54. Sobre la materia han existido varios pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la UE.

El mayor desarrollo jurisprudencial del TJUE se ha dado en torno a las Fuerzas Armadas y de Seguridad, destacándose las siguientes sentencias: asunto Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, C-222/84, de 15 de mayo de 1986, en la que se admite una política que excluye a las mujeres policía de funciones que impliquen portar armas, para evitar que fuesen objetivo de atentados⁸¹¹; asunto Comisión de las Comunidades Europeas c. República de Francia, C-318/86, de 30 de junio de 1988, sobre un sistema de acceso a ciertos cuerpos de seguridad, que consideraba que pudieran organizarse selecciones distintas para los hombres y para las mujeres, estimándolo contrario principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres⁸¹²; asunto Sirdar c. The Army Board y Secretary of State for Defence, C-273/97, de 26 de septiembre de 1999, sobre la negativa a contratar a una mujer como cocinera en los Royal Marines, estimándose admisible tal exclusión fundada en razones de seguridad⁸¹³; Kreil c. Bundesrepublik Deutschland , C-285/98, de 11 de enero de

condiciones sean «esenciales» al desarrollo de la correspondiente actividad laboral” (BALLESTER PASTOR: *Diferencia y discriminación normativa...* , p.13)

⁸¹¹ La sentencia consideró que las discriminaciones por razón de sexo “llevadas a cabo para proteger la seguridad pública, deben examinarse a la luz de las excepciones al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres previstas por la Directiva 76/207” y estimó que “un Estado miembro, al apreciar si el sexo constituye una condición determinante para la actividad profesional de policía en razón de las condiciones de ejercicio de dicha actividad profesional, puede tener en cuenta la exigencia de protección de la seguridad pública para reservar las tareas generales de policía, en una situación interna caracterizada por frecuentes atentados, a hombres equipados con armas de fuego”. Con todo, se señala que las diferencias de trato entre hombres y mujeres “no incluyen riesgos y peligros, como aquéllos a los que está expuesto cualquier policía armado en el ejercicio de sus funciones en una situación dada, que no afecten de una manera específica a las mujeres, en cuanto tales”.

⁸¹² Concluye el TJUE que “la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben [...] al mantener en vigor el sistema de selección distinta en función del sexo, no justificado por la Directiva 76/207, a efectos del nombramiento de los cuerpos de personal de dirección y del personal técnico y de formación profesional de los servicios exteriores de la administración penitenciaria, así como en el conjunto de los cinco cuerpos de la policía nacional”

⁸¹³ Señala la sentencia que la organización de los Royal Marines “[s]e trata de una fuerza de efectivos reducidos y cuyos integrantes están preparados para intervenir en primera línea” y “[h]a quedado acreditado que, en este cuerpo, los cocineros también deben intervenir como soldados de primera línea, que todos los miembros de este cuerpo son contratados y adiestrados para ello y que no existe ninguna excepción a esta regla en el momento del reclutamiento”. Reconoce el TJUE que, “[e]n tales circunstancias, haciendo uso de la facultad discrecional de que disponen para apreciar la posibilidad de mantener la exclusión de que se trata habida cuenta de la evolución social, las autoridades competentes podían considerar, sin violar el principio de proporcionalidad, que las circunstancias específicas de intervención de las unidades de asalto que constituyen los Royal Marines y, en particular, la norma de «interoperabilidad» a la que están sometidos, justifican que su composición siga siendo exclusivamente masculina”.

2000, que rechaza la exclusión total de las mujeres de cualquier empleo militar que implique el uso de armas, por ser contraria a la igualdad de trato⁸¹⁴; asunto Dory c. Bundesrepublik Deutschland, C-186/01, de 11 de Marzo de 2003, que declaró que el Derecho comunitario no se opone a que el servicio militar obligatorio esté reservado a los hombres⁸¹⁵.

Fuera de las Fuerzas Armadas y de Seguridad es posible encontrar otros pronunciamientos del TJUE. Así, en el asunto Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte, 165/82, de 8 de noviembre de 1983, se reconoció que las sensibilidades personales pueden desempeñar un papel importante en las relaciones entre matrona y paciente, por lo que ha admitido que en Reino Unido pueda, excepcionalmente, considerarse el sexo como un requisito profesional esencial y determinante en el caso de las matronas, teniendo presente la situación del caso en ese momento histórico⁸¹⁶. Ballester Pastor manifiesta que “la posibilidad de tener en cuenta la sensibilidad del receptor de los servicios en la determinación del alcance del requisito profesional esencial y determinante ha quedado abierta por el TJUE, siquiera condicionada a la evolución de las circunstancias sociales, lo que incorpora un elemento de cierta inseguridad en la calificación del alcance del

⁸¹⁴ Declara que “[l]a Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se opone a la aplicación de disposiciones nacionales, como las del Derecho alemán, que, de manera general, excluyen a las mujeres de los empleos militares que impliquen el uso de armas y que sólo autorizan su acceso a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar”.

⁸¹⁵ Expresa la sentencia que “[l]a decisión de la República Federal de Alemania de garantizar parcialmente su defensa a través de un servicio militar obligatorio es la expresión de tal elección de organización militar a la que, consiguientemente, no se aplica el Derecho comunitario”. Agrega que “[h]ay que reconocer que la limitación del servicio militar obligatorio a los hombres supone normalmente para los interesados un retraso en el desarrollo de su carrera profesional, aunque el servicio militar permita a algunos reclutas adquirir una formación complementaria o acceder posteriormente a la carrera militar”, pero que, sin embargo, “el retraso sufrido por la carrera profesional de los reclutas es una consecuencia inevitable de la elección efectuada por el Estado miembro en materia e organización militar y no implica que esta elección esté comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario”. Concluye que, “so pena de usurpar las competencias propias de los Estados miembros, la existencia de repercusiones desfavorables en el acceso al empleo no pueden obligar al Estado miembro de que se trate ni a extender a las mujeres la obligación de prestar el servicio militar y, por tanto, a imponerles las mismas desventajas en materia de acceso al empleo, ni a suprimir el servicio militar obligatorio”.

⁸¹⁶ Dice la sentencia que “*Il y a lieu [...] de reconnaître qu'à l'heure actuelle des susceptibilités personnelles peuvent jouer un rôle important dans les relations entre la sage-femme et sa patiente*”. En todo caso, se consigna que, conforme a las normas comunitarias, los Estados miembros deberán revisar periódicamente las actividades profesionales excluidas, con el fin de evaluar, a la luz de la evolución social, si está justificado mantener tales exclusiones.

requisito profesional esencial y determinante”, sin embargo, como advierte, ello “en todo caso no puede interpretarse sino en sentido restrictivo”⁸¹⁷.

En la misma sentencia del asunto 165/82 se rechazan las exclusiones de la prohibición de discriminación previstas por la ley en el caso del empleo en una casa particular o cuando se trata de empresas con un número de empleados no superior a cinco personas. Aunque se considera que para algunos trabajos en casas particulares pueda existir esta justificación, se estima que no es el caso de todos los puestos de trabajo implicados, y, en similar sentido, se afirma que no hay argumentos que demuestren que, para cualquier empresa de ese tamaño, el sexo del trabajador sea una condición decisiva, debido a la naturaleza de sus actividades o de las condiciones de su ejercicio⁸¹⁸.

Hace algún tiempo se afirmó que la prohibición general del trabajo nocturno femenino, inspirada en su momento en un afán protector, no tiene ya sentido, en razón de que los eventuales riesgos a los que se verían expuestas las mujeres no son exclusivos de ellas. Si bien en el marco normativo de la Organización Internacional del Trabajo se consideró la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres, tanto en Convenio núm.4, de 1919, como en Convenio núm.41, de 1934 y en Convenio núm.89, de 1948, mediante el Convenio núm.171, sobre el trabajo nocturno, de 1990, y el Protocolo núm.89, de 1990, relativo al Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno de las mujeres, de 1948, la OIT abandonará esta prohibición, regulando este tipo de trabajo tanto para hombres como mujeres, salvo en lo relativo a la protección a la maternidad⁸¹⁹.

⁸¹⁷ BALLESTER PASTOR: “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, p.230.

⁸¹⁸ Expresa la sentencia que “*s’il est incontestable que, pour certains emplois dans des résidences privées, cette justification peut jouer un rôle déterminant, tel n’est cependant pas le cas pour tous les emplois en cause*”, y que “*en ce qui concerne les petites entreprises ou le nombre de personnes employées n’excède pas cinq, le Gouvernement du Royaume-Uni n’a avancé aucun argument qui tendrait à démontrer que pour toute entreprise de cette taille, le sexe du travailleur serait une condition déterminante, en raison de la nature de ses activités ou des conditions de leur exercice*”.

En similar sentido, la CEACR ha expresado que “unas excepciones demasiado amplias en la legislación en materia de igualdad, que excluyan a los trabajadores domésticos de la protección contra la discriminación en lo que respecta al acceso al empleo, pueden conducir a prácticas discriminatorias por parte de los empleadores contra esos trabajadores, lo que es contrario al Convenio [111]” (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo*, párr. 830).

⁸¹⁹ Vid. también la Recomendación núm.178, sobre el trabajo nocturno, de 1990

Actualmente se entiende que no puede considerarse el sexo como una condición determinante para la realización del trabajo nocturno. Tal doctrina ha sido expresada en diversas sentencias del TJUE, entre las que podemos mencionar los asuntos Stoeckel, C-345/89, de 25 de julio de 1991⁸²⁰; Ministère public y Direction du travail et de l'emploi c. Jean-Claude Levy, C-158/91, de 2 de agosto de 1993⁸²¹; Office national de l'emploi c. Madeleine Minne, C-13/93, de 3 de febrero de 1994⁸²². Esta nueva comprensión ha supuesto un conflicto para aquellos países de la Unión Europea que habían ratificado un convenio que prohibía el trabajo nocturno de las mujeres y que, en conformidad al mismo, tenían una legislación interna adecuada a sus disposiciones. La situación ha tenido distinta consideración, dependiendo de si el país se encontraba obligado todavía por la normativa internacional del trabajo o había dejado de estarlo. Así, en el recién citado asunto Minne, la sentencia del TJUE señala que “[e]n la medida en que estas disposiciones nacionales hayan sido adoptadas para garantizar el cumplimiento, por parte del Estado miembro, de obligaciones derivadas de un Convenio internacional celebrado con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado con Estados terceros, no puede aplicarse el artículo 5 de la Directiva [76/207/CEE]”. Por el contrario, se ha resuelto que si un país ha denunciado el respectivo Convenio de la OIT y dicha denuncia ha surtido efecto, la legislación interna (que, en su momento, se dictó para cumplir aquella normativa internacional) resulta ahora incompatible con el Derecho comunitario⁸²³.

⁸²⁰ Expresa la sentencia que el Derecho comunitario es lo suficientemente preciso “como para imponer a los Estados miembros la obligación de no consagrar en su legislación el principio de la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres, aunque esta obligación permita excepciones, cuando no exista una prohibición del trabajo nocturno para los hombres”.

⁸²¹ Declara la STJUE que “[e]l Juez nacional tiene la obligación de garantizar el pleno cumplimiento del artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, dejando inaplicada cualquier disposición contraria de la legislación nacional, salvo si la aplicación de dicha disposición fuera necesaria para garantizar el cumplimiento por el Estado miembro de que se trata de obligaciones resultantes de un Convenio celebrado con Estados terceros antes de la entrada en vigor del Tratado CEE”.

⁸²² Señala que el Derecho comunitario “se opone a que un Estado miembro, que prohíbe el trabajo nocturno tanto de los hombres como de las mujeres, mantenga regímenes de excepciones distintos, que se diferencian fundamentalmente por el procedimiento de adopción de las mismas y por la duración del trabajo nocturno autorizado, puesto que tal diferencia no está justificada por la necesidad de garantizar la protección de la mujer, en particular, en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.

⁸²³ Vid. SSTJUE sobre los asuntos Comisión de las Comunidades Europeas c. República Francesa, C-197/96, de 13 de marzo de 1997 (declara que “la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben [...] al mantener en el artículo L 213-1 del *Code du travail* la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en la industria, siendo así que no existe una prohibición similar para los hombres), y Comisión de las Comunidades Europeas c. República Italiana, C-207/96, de 4 de diciembre de 1997 (que señala que “la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario, al mantener en vigor en su ordenamiento jurídico interno normas que establecen

Por otra parte, en la STJUE, asunto Comisión de las Comunidades Europeas c. República de Austria, C-203/03, de 1 de febrero de 2005, se declara como contraria a igualdad de trato entre hombres y mujeres “una prohibición general del empleo de mujeres para trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo, con un número limitado de excepciones previstas para el primer caso”, considerándose como no autorizada y que, por tanto, constituye una discriminación por razón de sexo, “una normativa que excluye proceder a una apreciación individual y que prohíbe a las mujeres acceder al empleo controvertido, mientras que tal empleo no está prohibido para hombres cuya capacidad vital y número de eritrocitos sea similar o inferior a los valores medios de dichas variables medidas sobre mujeres”. El TJUE debiera haber arribado a la misma conclusión respecto la prohibición de emplear a trabajadoras en la industria minera subterránea, pero consideró que Austria al adherir a la Comunidad Europea, había ratificado el Convenio núm.45 de la OIT, que establece una prohibición general de emplear a mujeres para los trabajos subterráneos de las minas, el cual no podía denunciar sino dentro de determinados plazos.

Rey Martínez, siguiendo a Sáez Lara, presenta sintéticamente los criterios de la jurisprudencia comunitaria, señalando que, al respecto, “en el Derecho Comunitario pueden extraerse los siguientes principios: 1) La exclusión ha de ser objeto de interpretación estricta; 2) Ha de afectar a actividades específicas, y ser transparente para permitir su eficaz control, debiéndose adaptar en todo caso a la evolución social; 3) La apreciación del art. 2.2 de la Directiva [artículo 14.2 de la Directiva 2000/6/54] no puede basarse en consideraciones globales del conjunto de las actividades, sino que exige un examen específico”⁸²⁴.

la prohibición del trabajo nocturno para las mujeres”, en concreto, el apartado 1 del artículo 5 de la Ley núm.903, de 9 de diciembre de 1977, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo),

⁸²⁴ REY MARTÍNEZ: *El derecho fundamental...*, p.74. Respecto de los criterios definidos por la Corte Suprema de los EE.UU. en la materia, Rey Martínez revisa la casuística frente a cuatro pretendidos criterios de exclusión por sexo, concluyendo lo siguiente: a) La aptitud para el cumplimiento de la prestación laboral, por ejemplo que exija levantamiento de pesos, se considera discriminatorio por la jurisprudencia, pues hay que valorar a cada trabajador y su capacidad; b) Igual sexo de los destinatarios de los servicios, es un criterio en el cual hay pronunciamientos judiciales en distinto sentido y en aquellos en que se ha admitido, se ha fundado tal admisión en el respeto de la esfera privada; c) La preferencia de los clientes es un criterio en la práctica muy utilizado, pero que ha sido rechazado por la jurisprudencia, considerándolo discriminatorio. Dos casos paradigmáticos son los de “Díaz vs. Panamerican World Airways, Inc.” (1971) y “Wilson vs. Southwest Airlines” (1981); y d) La exposición a productos tóxicos, para preservar la salud de las futuras generaciones, también ha sido descartada. A propósito del caso

En España, el artículo 5 de la Ley Orgánica 3/2007, en concordancia con la Directiva 2006/54, señala que “no constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”.

f) Las medidas de acción positiva

La normativa antidiscriminatoria no sólo tiene funciones simbólicas y tutelares, sino también un rol promocional o corrector, en el sentido de “desempeñar un papel activo de fomento de la paridad y de remoción de los obstáculos materiales o sociales que impiden que la igualdad de los individuos y de los grupos sean reales y efectivas”⁸²⁵. Este es, precisamente, el objetivo de las medidas de acción positiva, mediante las cuales se busca enfrentar la discriminación estructural que padecen las mujeres⁸²⁶.

Se puede afirmar que no habrá discriminación cuando se adopten medidas especiales con el objeto de asegurar en la práctica la igualdad de trato y oportunidades a personas con necesidades especiales o colectivos que se han visto o se siguen viendo desfavorecidos por la discriminación en el mercado de trabajo. Esto responde al criterio de que “*certaines inégalités de droit ne tendent d'ailleurs qu'à corriger des inégalités de*

“VAW vs. Johnson Controls Inc.”, de 1991, relativo precisamente a la última hipótesis, el máximo tribunal estadounidense, en concepto de Rey Martínez, “ha cerrado por el momento la cuestión considerando tal exclusión por cuatro razones básicamente: 1) la excepción al principio de no discriminación ha de ser objeto de una interpretación restrictiva; 2) la apreciación de la excepción exige una conexión entre el sexo y el cumplimiento del trabajo; 3) esta conexión ha de ser objetiva, esto es, no depender de que el empleador opte por considerar el sexo como un requisito para el desarrollo de la prestación laboral; 4) hay que rechazar la denominada *cost-justification*, es decir, el incremento de los costes de la empresa derivados de la contratación de trabajadores de un sexo no justifica la negativa discriminatoria a contratar a miembros de otro sexo” (REY MARTÍNEZ: *El derecho fundamental...*, pp.74-76).

⁸²⁵ ÁLVAREZ ALONSO y ÁLVAREZ DEL CUVILLO: “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación...”, p.1000.

⁸²⁶ MONEREO ATIENZA, Cristina: “Artículo 23. Igualdad entre mujeres y hombres”, en MONEREO ATIENZA, Cristina y MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, 2012, pp.524-525.

*fait*⁸²⁷. Estas medidas de acción positiva, en tanto apuntan a la superación de desigualdades históricas y actuales, tienen el carácter de promocionales. En ese sentido cabe entenderlas como medidas en favor de la igualdad y en contra de la discriminación. Sin embargo, muchas veces los textos normativos las presentan como discriminaciones excepcional y transitoriamente permitidas, lo que resulta confuso⁸²⁸.

Dentro de las medidas de acción positiva se encuentra la discriminación positiva, constituyéndose en una especie de acción positiva más aguda, con las que se busca remediar efectos negativos de discriminaciones persistentes. Normalmente adoptará la forma de cuotas o trato preferente. A través de las medidas de discriminación positiva “no sólo se propone conseguir la igualdad de oportunidades sino la igualdad de resultados: se propone la consecución de un resultado igualitario y garantizar dicha consecución”⁸²⁹. Hay sectores de la doctrina que han cuestionado la utilización de la expresión discriminación positiva, por entender que hay en ella una contradicción al integrar una expresión que alude a algo desfavorable con otra que significa algo favorable. Se ha propuesto, a este respecto, distinguir entre medidas de acción positiva de objetivos o promocionales y medidas de resultado. Se ha sostenido que normalmente estas medidas de acción positiva de resultado, dada su excepcionalidad, han de tener carácter temporal, realizarse bajo condiciones estrictas y debieran ser establecidas o autorizadas por la ley.

En el ámbito europeo, el artículo 157.4 TFUE (antiguo artículo 141.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, conforme al Tratado de Ámsterdam, de 1997⁸³⁰) establece que, “con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas

⁸²⁷ STEDH sobre asunto “En relación con determinados aspectos de la ley sobre el uso de las lenguas en la educación en Bélgica” c. Bélgica, núm. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, y 2126/64, de 23 de julio de 1968.

⁸²⁸ Podemos apreciar que el artículo 4 de la CEDAW dispone que la adopción por los Estados de “medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”.

⁸²⁹ PÉREZ DEL RÍO: “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario”, p. 298.

⁸³⁰ La redacción del texto que se introduce por el Tratado de Ámsterdam recoge lo que había sido la doctrina jurisprudencial del TJUE.

destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”. Se ha destacado que la “referencia específica que se hace a la legalidad de las medidas de acción afirmativa en el art. 157. 4 TFUE no constituye propiamente un reconocimiento (que estaba ya sobradamente admitido), sino más bien la reproducción en el ámbito del derecho originario de las limitaciones jurisprudenciales a su ejercicio”⁸³¹.

En línea con esta disposición, el artículo 3 de la Directiva 2006/54/CE, dispone que “los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral”. Podemos destacar, con Pérez Del Río, que la Directiva 76/207/CEE “contemplaba la posibilidad de medidas de acción/discriminación positiva como una excepción a la regla general del tratamiento igualitario”, mientras que desde la Directiva 2002/73/CEE “la óptica de tratamiento varía radicalmente; de considerarse una excepción, la acción positiva pasa a ser no sólo admitida expresamente como compatible con el principio de igualdad sino incluso se incentiva su adopción...”^{832 833}.

Quintanilla Navarro pone de relieve que, “en determinados casos, el principio de no discriminación no sólo va a justificar, sino que va a exigir el establecimiento de ciertos tratamientos o medidas que, aunque constituyan una ruptura de la igualdad formal, son necesarios de cara a la eliminación de los mencionados obstáculos [que impidan o dificulten que la igualdad sea real y efectiva]”⁸³⁴. Sostiene esta autora que las denominadas acciones positivas, “dirigidas a los colectivos en desventaja, como es el de

⁸³¹ BALLESTER PASTOR: “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, p.217.

⁸³² PÉREZ DEL RÍO, Teresa: “Transversalidad de género y acción positiva en el ámbito comunitario”. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm.13, 2005, p.49. Anteriormente esta autora había sido particularmente crítica del primitivo enfoque del Derecho comunitario, señalando que “las normas con eficacia vinculante que contemplan la acción positiva, y que no exigen su adopción, simplemente la permiten, lo hacen como una excepción al principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo, es decir, desde el principio de igualdad formal” (PÉREZ DEL RÍO, Teresa “Introducción. Principios de discriminación indirecta y acción positiva. Estructura y Articulación de la negociación colectiva”, en PÉREZ DEL RÍO, Teresa (Dir.) et AL: *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Serie Estudios, núm. 50, Madrid, 1997, p.35)

⁸³³ Se ha manifestado la persistencia en el Derecho comunitario de la comprensión de la acción positiva como una excepción a la igualdad de trato más que como afirmación de la igualdad de oportunidades, mencionándose al efecto lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva de igualdad racial (Vid. REY MARTÍNEZ: “El modelo europeo de lucha contra la discriminación...”, p.37).

⁸³⁴ QUINTANILLA NAVARRO: *Discriminación retributiva...*, p.35.

las mujeres en el ámbito laboral, no sólo no serían inconstitucionales (como cabría pensar desde una concepción exclusivamente formal o bilateral de la discriminación), por dispensarles un tratamiento «desigual», sino que únicamente llevándolas a cabo puede entenderse que se están «removiendo los obstáculos» que impiden o dificultan el ejercicio del derecho al trabajo»⁸³⁵.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado respecto de estas medidas de acción positiva en varias ocasiones y nos parece interesante destacar las siguientes sentencias (se debe considera que en estos asuntos, por el momento de los hechos, resulta aplicable la Directiva 76/207/CEE): asunto Kalanke c. ciudad de Bremen, C-450/93, de 17 de octubre 1995, en la que se rechazó un programa de acciones positivas por estimarse que promocionaba a las mujeres en forma automática, excluyendo a todos los competidores varones; asunto Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen, C-409/95, de 11 de noviembre de 1997, en la que se validaron las medidas especiales de acción positiva, considerando que en la norma figura una condición o cláusula de salvaguardia en virtud de la cual podían predominar los motivos que concurriesen en otros candidatos (varones)⁸³⁶; asunto Badeck y otros, C-158/97, de 28 de marzo de 2000, en la cual el Tribunal ratificó la doctrina de que las medidas de promoción de las mujeres son lícitas siempre que existan las dos condiciones siguientes: 1) que no se establezca una prioridad automática e incondicionada a favor de las mujeres, cuando los candidatos son igualmente calificados, y 2) que las candidaturas sean sometidas a una examen objetivo que considere la situación personal particular de todos los candidatos; asunto Abrahamsson y Anderson c. Elisabet Fogelqvist, C-407/98, de 6 de julio de 2000, en la que el tribunal se manifestó en contra de la discriminación positiva estatuida, por estimar que se trataba de una precedencia automática absolutamente desproporcionada respecto del grupo subrepresentado⁸³⁷; Griesmar c.

⁸³⁵ *Ibidem*.

⁸³⁶ Se ha puesto de relieve que “[l]a única diferencia entre las normas que dieron lugar al asunto Kalanke y al asunto Marschall es lo que se ha llamado la cláusula de salvaguarda («*saving clause*»)", pues "[e]n el asunto Marschall la preferencia femenina quedaba enervada cuando recaían en el candidato masculino condiciones que inclinaban la balanza a su favor, de ahí derivó el TJCE que no existía atentado al derecho individual de otros candidatos, puesto que la cuota se aplicaba tan solo en el caso de igualdad total de méritos", mientras que "en el asunto Kalanke no existía esta garantía, porque la candidata femenina tenía preferencia en la contratación siempre que pasara los requisitos mínimos para llevar a cabo la actividad" (BALLESTER PASTOR: "La lucha contra la discriminación en la Unión Europea", p.223).

⁸³⁷ A propósito de esta sentencia, García Murcia habla de una especie de "test de viabilidad" de las medidas de acción positiva, el cual considera "que a través de las mismas resulte favorecido el sexo tradicionalmente más perjudicado en el acceso al empleo, que todos los candidatos sean objeto de una

Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation, C-366/99, de 29 de noviembre de 2001, sentencia relativa a una bonificación por hijos reservada a las funcionarias, en la que se estima que el artículo L. 12, letra b), del *code des pensions civiles et militaires de retraite* vulnera el principio de igualdad de retribución, en la medida en que excluye de la bonificación que establece para el cálculo de las pensiones de jubilación a los funcionarios que pueden probar haber asumido el cuidado de sus hijos, y asunto H. Lommers c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, C-476/99, de 19 de marzo de 2002, que se refiere a medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, por las cuales el Ministerio pone a disposición de su personal plazas de guardería subvencionadas con plazas reservadas exclusivamente a los hijos de funcionarias, salvo en casos de urgencia, que corresponde apreciar al empleador, las que se estimó que no se oponen al artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE.

Se ha destacado que en la doctrina jurisprudencial del TJUE la acción positiva “no se articula como excepción de la igualdad sino como manifestación de su vertiente real”^{838 839}. En dicha jurisprudencia se aprecia que se admiten sin cuestionamientos las medidas de acción positiva de objetivos o promocionales, mientras que las de resultado han sido más cuestionadas, aunque no todas son rechazadas, “sino que tan solo aquellas que sobrepasan el concepto de acción afirmativa para configurarse en medidas de discriminación inversa”⁸⁴⁰. Resulta determinante para la admisibilidad de una medida la razonabilidad, proporcionalidad y temporalidad de las mismas.

valoración objetiva, que se tengan en cuenta las situaciones particulares y personales de todos ellos, y que no existan motivos de «rango superior jurídico» que conduzcan a una solución distinta”(GARCÍA MURCIA, Joaquín: “Jurisprudencia comunitaria y ordenamiento laboral español...”, p.3).

Ballester Pastor ve en esta sentencia una detención al proceso de evolución del principio de antidiscriminatorio comunitario, considerando que esta sentencia “definitivamente evidenció que se estaban cumpliendo los peores presagios de los Estados miembros de tradición más social: la asunción por parte de la Unión Europea de mayores competencias sociales no era aséptica y mínima (desde el punto de vista de las competencias internas) sino que estaba deteniendo la evolución de la política social en los países que se encontraban más avanzados al respecto” (BALLESTER PASTOR: “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, p.215).

⁸³⁸ BALLESTER PASTOR: “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, p.222.

⁸³⁹ La igualdad material “no exige del legislador ni de los otros poderes públicos que se abstengan de introducir discriminaciones no justificadas, tanto en el contenido como en la aplicación de las normas jurídicas, sino que dicte las medidas necesarias para alcanzar la igualdad efectiva”, pues, señala para el caso de España, “este es el mandato del artículo 9.2 de nuestra Constitución, el «mandato para realizar la igualdad material»” (GARRIGA DOMÍNGUEZ: “Igualdad, discriminación y diferencia...”, p.89).

⁸⁴⁰ BALLESTER PASTOR: “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, p.222.

El Tribunal Constitucional español hace ya tiempo ha señalado con claridad, en la STCE 128/1987, de 16 de julio, que “las medidas protectoras de aquellas categorías de trabajadoras que estén sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él (en comparación con las correspondientes categorías de trabajadores masculinos, o con la población trabajadora en general) no podrían considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes”. En similar sentido, en la STCE 28/1992, de 9 de marzo, el Tribunal Constitucional ha entendido que “la referencia al sexo en el art. 14 C.E. implica también la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer también en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo, por lo que son constitucionalmente legítimas aquellas medidas que tienden a compensar una desigualdad real de partida”⁸⁴¹. La admisibilidad de las medidas específicas de acción afirmativa, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, ha de sujetarse a parámetros de excepcionalidad, coyunturalidad y proporcionalidad, debiendo evitarse medidas falsamente protectoras, que podrían resultar contraproducentes⁸⁴².

Sin perjuicio de las disposiciones constitucionales que en su momento citamos, en el ordenamiento español, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 3/2007 establece que, “con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres”⁸⁴³. Se agrega que “[t]ales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán

⁸⁴¹ Puede consultarse también, entre otras, las SSTCE 19/1989, de 31 de enero; 229/1992, de 14 de diciembre; 3/1993, de 14 de enero, y 109/1993, de 25 de marzo.

⁸⁴² Vid. BALLESTER PASTOR y BALLESTER CARDE: “Significado general y conceptual...”, p.49. y REY MARTÍNEZ, Fernando: *El derecho fundamental...*, pp.25 y ss.

⁸⁴³ Es interesante mencionar la STCE 12/2008, de 29 de enero, frente a los cuestionamientos a la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007 (corresponde a dos asuntos acumulados: la cuestión de inconstitucionalidad núm.4069-2007 promovido por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm.1 de Santa Cruz de Tenerife, en relación con el artículo 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, introducido por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, y el recurso de inconstitucionalidad núm.5653-2007, interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados). En ella se expresa “que a la exigencia de concurrir en una lista se añada la de que ésta tenga una composición equilibrada en razón del sexo no cercena de manera intolerable las posibilidades materiales de ejercicio del derecho. Se trata de una condición que se integra con naturalidad en el ámbito disponible al legislador en sus funciones de configuración del derecho fundamental de participación política: se configura así un derecho de ejercicio colectivo en el seno de una candidatura cuya integración personal se quiere sea reflejo de la propia integración de la comunidad social, esto es, sexualmente equilibrada”.

de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”. En esta disposición se expresa el sentido corrector y promocional de las medidas, su limitación temporal, y la exigencia de razonabilidad y proporcionalidad. Llama la atención que el artículo 11.2 de la citada ley habilite también a las personas físicas y jurídicas privadas para adoptar este tipo de medidas. Es interesante, pues en el evento de que un particular adopte medidas para favorecer a las mujeres, estaría dotado de un sustento legal en su actuación, en tanto las medidas adoptadas se ajusten a los parámetros referidos en el párrafo precedente, con lo que su actuación no sería discriminatoria.

Por su parte, el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores señala en el párrafo 2 que “podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente”; y, en su párrafo 3, autoriza al Gobierno para regular medidas de reserva, duración o preferencia para demandantes de empleo, con consulta a las organizaciones sindicales y empresariales.

Considerando lo dispuesto en los incisos tercero⁸⁴⁴ y final⁸⁴⁵ de artículo 1° de la Constitución chilena, Nogueira Alcalá sostiene que el sistema de valores y principios establecido en las bases de la institucionalidad obliga a interpretar el texto constitucional y las leyes dictadas conforme al mismo con un carácter sistemático y finalista, lo que fundamenta lo que podemos denominar igualdad promocional, es decir, que la Constitución exige también una tutela positiva de la igualdad⁸⁴⁶.

En la doctrina ha existido un amplio debate acerca de la conveniencia y la efectividad de las medidas de acción positiva. Hodges-Aeberhard, llama la atención que en el trasfondo del debate sobre ellas se halla una contradicción sutil: “la discriminación positiva da a los colectivos desfavorecidos la posibilidad de acumular experiencia y demostrar lo que son capaces de hacer, mas al mismo tiempo perpetúa el prejuicio de que carecen intrínsecamente de las características necesarias para tener éxito en el

⁸⁴⁴ “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es contribuir al bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta constitución establece”.

⁸⁴⁵ “Es deber del Estado [...] promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

⁸⁴⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, en AFDUDC, 10, 2006, 799-831 p.822

trabajo y necesitarán siempre una asistencia especial”⁸⁴⁷, y, en este sentido, se advierte el peligro de que la nueva situación jurídica de los colectivos favorecidos por estas medidas, derive en una nueva situación discriminatoria⁸⁴⁸. Sáez Lara es particularmente pesimista respecto de las medidas de discriminación positiva, para ella “la actuación legal en el terreno de medidas concretas de promoción del empleo para las mujeres debe seguir avanzando en la línea de apoyo económico a la empresa y no debe ser más incisiva, en la línea de establecer medidas legales de discriminación positiva”, es decir, “medidas legales que establezcan la contratación preferente de la mujer frente al hombre en trabajos donde las mujeres están subrepresentadas”. Agrega que “aunque desde una perspectiva teórica considero justificadas estas medidas de acción positiva, a igualdad de méritos, en la práctica no confiaría mucho en su operatividad”⁸⁴⁹. Al contrario, Pérez Del Río, considera que “la transversalidad de género y la acción positiva constituyen los dos instrumentos esenciales en el ámbito comunitario para la erradicación de la discriminación por razón de género”⁸⁵⁰.

g) *El acoso sexual y acoso en razón del sexo*

En la UE es la Directiva 2006/54, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, la normativa que define y regula las figuras del acoso sexual y del acoso en razón del sexo⁸⁵¹. En su artículo 2.1c) define el acoso (en razón del sexo) como “la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”, mientras que en el artículo 2.1d) define el acoso sexual como “la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en

⁸⁴⁷ HODGES-AEBERHARD, Jane: “La acción positiva en el empleo, un concepto espinoso para los tribunales”, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118 (1999), núm.3, p.277.

⁸⁴⁸ Vid. BALLESTER PASTOR y BALLESTER CARDE: “Significado general y conceptual...”, p.47.

⁸⁴⁹ SÁEZ LARA, Carmen: *Mujer y trabajo*. Documento de trabajo 37/2003. Disponible [en línea] en http://www.falternativas.org/base/download/3e14_12-09-05_37_2003.pdf, p.23.

⁸⁵⁰ PÉREZ DEL RÍO: “Transversalidad de género...”, p.50.

⁸⁵¹ Este texto fue incorporado a la Directiva 76/207/CEE por la Directiva 2002/73/CE. Sobre el itinerario desde que la Comunidad Europea reconoce el problema en 1986 (Resolución DOCE 86/C 173/73, de 11 de julio) hasta la incorporación de normas vinculantes vid. PÉREZ DEL RÍO: “El principio de igualdad de trato...”, pp.311-317.

particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. Debemos destacar que en su artículo 2.2a) se afirma que el concepto de discriminación incluirá el acoso y el acoso sexual. Que ambas figuras sean catalogadas como actos de discriminación obedece no sólo a que pueda existir un tratamiento distinto y peyorativo de la víctima en razón de su sexo, sino también responde a la constatación que mayoritariamente son las mujeres el colectivo más vulnerado por estas conductas.

Por su parte, en España, el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 3/2007, en idéntico sentido que la Directiva citada, considera “en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo”. Agrega el número 4 que “el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo”, con lo que considera el acoso que adquiere la característica del chantaje sexual. En el mismo artículo 7 se define ambas figuras el acoso sexual y el acoso por razón de sexo⁸⁵². En el artículo 7.2 se señala que “constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”. Por su parte, el artículo 7.1 señala que “sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”. El artículo 48.1 establece que las empresas “deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo”.

Llama la atención que, a pesar de ser transposición de la directiva, ambas definiciones experimentan modificaciones. Mientras la norma española las define como comportamiento, la directiva se refiere a ellos como situaciones, con lo que esta última

⁸⁵² Cabe hacer notar que el acoso sexual, antes de la Ley 3/2007, “cuando se produzca dentro del ámbito que alcanzan las facultades de dirección empresarial” estaba tipificado en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social como infracción muy grave.

da cuenta de la más avanzada doctrina al respecto, lo que no hace aquella. Sin embargo, en otro aspecto, la directiva se refiere a los comportamientos como no deseados, con lo que explicita un criterio que había sido considerado en la más primitiva jurisprudencia, aspecto en que la norma española avanza algo más, al no mencionar dicho carácter. Resulta difícil comprender que alguien quisiera ser objeto de una conducta que atente contra su dignidad y que establezca para ella un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

Quisiéramos detenernos en otro aspecto: en la consideración de ambas figuras como casos de discriminación. No hay duda que cuando existe el acoso sexual se atenta a la dignidad humana, se podría afectar a la integridad física y psíquica, y se vulnera la libertad sexual, pero ¿necesariamente es el acoso sexual una discriminación en razón del sexo?

Una respuesta positiva podría encontrar su fundamento en la noción material de discriminación. En tanto se trata de una situación peyorativa y humillante que tiene a la mujer como principal víctima, precisamente por el hecho de ser mujer. Así García Perrote, citando el Código de Conducta comunitario sobre las medidas para combatir el acoso sexual y la jurisprudencia constitucional española, señala que “el acoso sexual es «un problema grave para muchas mujeres trabajadoras» y «no es un fenómeno aislado», sino que para «millones de mujeres de la Comunidad Europea, el acoso sexual es una parte desagradable e inevitable de su vida laboral»”⁸⁵³. En similar sentido, desde la perspectiva de la Organización Internacional del Trabajo, la discriminación comprende toda forma de acoso, incluido el acoso sexual, por lo que resulta alentador para la OIT que en la legislación de un creciente número de países se prohíba expresamente y se defina como una forma de discriminación directa el acoso relacionado con cualquiera de los motivos de discriminación prohibidos⁸⁵⁴.

⁸⁵³ GARCÍA PERROTE, Ignacio: “Acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso en la Ley de Igualdad de mujeres y hombres”. *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 4/2008, p.21.

⁸⁵⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo*..., párr. 744. La CEACR ha expresado de forma reiterada la opinión de que “el acoso sexual, que constituye una manifestación grave de la discriminación por motivos de sexo y una violación de los derechos humanos, debe abordarse en el contexto del Convenio” y ha hecho hincapié en la importancia de adoptar medidas efectivas para impedir y prohibir el acoso sexual en el trabajo, tanto el que se asimila a un chantaje (*quid pro quo*) como el acoso sexual resultante de un ambiente hostil en el trabajo (*Vid. Ibídem*, párr. 789).

Aunque tratándose del acoso horizontal podrían presentarse algunas razones que dificulten catalogarlo como casos de discriminación, creemos que no se debe minimizar el atentado a la dignidad humana del que son mayoritariamente víctimas las mujeres y la creación de entornos laborales profundamente negativos y perjudiciales. Especialmente cuando se produce en las empresas el fenómeno del acoso sexual ambiental, con cierta tolerancia del empresario a dicha situación, no cabe duda que se está ante una expresión de la discriminación en razón del sexo.

Sin desconocer que las principales víctimas del acoso son mujeres, no resulta fácil encasillar dentro del concepto de discriminación laboral, sin forzarlo excesivamente, la figura del acoso sexual vertical ascendente. Aunque evidentemente existirá un atentado a la dignidad de la víctima, es difícil que la conducta de un subordinado que acosa sexualmente a su superior en la empresa pueda ser catalogada como una distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación. Con mayor claridad se puede cuestionar la identificación con la discriminación en aquellos casos en que el acosador y acosado son del mismo sexo o simplemente si el acosado es un varón. ¿El varón acosado sexualmente sería también una víctima de la discriminación en razón del sexo?

Por otra parte, tanto el acoso en razón de sexo, como las figuras del acoso por alguno de los otros motivos considerados discriminatorios, claramente pueden ser considerados como situaciones de discriminación. Cabe tener en cuenta que el acoso “se define porque la víctima pertenece a algunos de los colectivos protegidos por la prohibición de discriminación”, y, precisamente, “es su vulnerabilidad la que determina que sea objeto de acoso, y por lo tanto de discriminación por razón de alguno de los criterios prohibidos de diferenciación”⁸⁵⁵. Hay quienes han llegado a afirmar calificar estas situaciones como “un grado extremo o superlativo de discriminación”, pues con ellas se llega a someter a la persona afectada “a un trato discriminatorio, que en este

⁸⁵⁵ CANALES Patricia y LOISEAU, Virginie: *Igualdad de trato en el ámbito laboral en los tratados internacionales y en la legislación de España y Francia*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile - Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Serie Estudios, Año XV, N° 317, Santiago (Chile), 2005, p.30-31.

caso no sólo implica perjuicio, vejación u ofensa, sino también desventaja, distinción o postergación respecto de quienes se encuentran en una situación igual o equivalente”⁸⁵⁶.

a) *La alteración de la carga de la prueba.*

Uno de los avances importantes que ha experimentado la tutela jurisdiccional de la no discriminación es el relativo a la alteración de la carga de la prueba, de modo que a la supuesta víctima sólo se le exija aportar indicios suficientes de la existencia de la conducta discriminatoria y que corresponda al eventual autor de la discriminación probar la razonabilidad o proporcionalidad del acto o medida que se le imputa. Para la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT “[l]a carga de la prueba puede ser un obstáculo importante, especialmente porque gran parte de la información necesaria en los casos relacionados con la igualdad y la no discriminación obra en poder del empleador”, razón por la cual aprecia favorablemente la decisión legislativa de “trasladar la carga de la prueba al empleador en los casos de discriminación e igualdad de remuneración, generalmente, una vez que el autor de la queja ha presentado una prueba suficiente o plausible de la existencia de una infracción”⁸⁵⁷. La doctrina ha destacado que tal alteración obedece a la debilidad de la posición probatoria del trabajador, dado el carácter normalmente hundido u oculto de las conductas discriminatorias, y al mayor poder del empresario sobre la prueba⁸⁵⁸.

Se ha sostenido que la primera sentencia del TJUE que supone una diversa distribución de los papeles en la prueba de la discriminación es la que recae en el asunto *Jenkins c. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*, C-96/ 80, 31 de marzo de 1981, que hemos citado a propósito de la discriminación indirecta. Esta sentencia es anterior a

⁸⁵⁶ GARCÍA MURCIA: “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, p.399.

⁸⁵⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo*, párr. 885. En este sentido se ha expresado la CEACR en relación al Convenio núm. 111 respecto de varios países: Kenya, observación, 2010; Bélgica, observación, 2009; Chile, observación, 2009; Chipre, solicitud directa, 2011; Dinamarca, solicitud directa, 2011; Francia, observación, 2011; Lituania, observación, 2010; Luxemburgo, observación, 2008; Noruega, observación, 2008; Polonia, observación, 2006; ex República Yugoslava de Macedonia, solicitud directa, 2009.

⁸⁵⁸ Vid. BAYLOS GRAU, Antonio: “La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva” en *Derecho privado y Constitución*, núm. 4, 1994, pp.124y ss.; CRUZ VILLALÓN, Jesús: “Constitución y proceso de trabajo” en *Revista española de derecho del trabajo*, núm.38, 1989, pp.249 y ss.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: “Prueba y proceso laboral”, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 4, 1994, pp.214y ss.; UGARTE CATALDO: *Tutela de los derechos fundamentales del trabajador*, pp.41-42.

cualquier normativa europea sobre carga de la prueba en esta materia⁸⁵⁹. En ella se razona en el sentido de que, acreditado el impacto adverso, corresponderá al empresario probar que su conducta tiene justificación y es ajena a toda discriminación por razón de sexo. Igual razonamiento se ha seguido en los posteriores asuntos relativos a la discriminación indirecta, a los que nos hemos referido anteriormente.

Será en el citado caso *Danfoss c. Dansk Arbejdsgiverforening*, C- 109/88, de 17 de Octubre de 1989, que el TJUE identifique ciertos supuestos en los cuales recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política de salarios no es discriminatoria. Concretamente se señala que “[c]uando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política de salarios no es discriminatoria, una vez que los trabajadores femeninos hayan demostrado, a partir de un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos”.

Con posterioridad, la Directiva 97/80/CE vendrá a establecer que “los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”⁸⁶⁰. Sobre el uso de la expresión “presumir” se ha planteado que una interpretación estrictamente literal nos pondría ante “un juicio de veracidad, es decir, se estaría obligando al demandante a una prueba plena, bien directamente del hecho de la discriminación sexista, o bien indirectamente del hecho base o del indicio que nos permita deducirla”; mientras que una interpretación más amplia “permitiría admitir juicios de verosimilitud, como el principio de prueba o la prueba *prima facie*, a primera vista o de la verdad

⁸⁵⁹ Se ha destacado el precedente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense en caso *Green vs McDonnell Douglas*, 411 US 792 (1973) de desplazamiento de la prueba al empleador ante un “*prima facie case of discrimination*”, cuya doctrina ha sido matizada en el caso *St. Mary’s Honor Society vs Hicks*, 509 US 502 (1993) (*Vid.* LOUSADA AROCHENA, José Fernando: “La prueba de la discriminación en el Derecho comunitario”, en *Revista de derecho social*, N° 60, 2012, p.125).

⁸⁶⁰ Esta disposición hoy se encuentra incorporada en el artículo 19.1 de la Directiva 2006/54.

interina”⁸⁶¹. Esto queda bastante claro a partir del considerando núm.30) de la Directiva 2006/54, que luego de destacar que “la adopción de normas sobre la carga de la prueba tiene una gran importancia para garantizar el respeto efectivo del principio de igualdad de trato”, afirma que, “tal como sostiene el Tribunal de Justicia, deben adoptarse disposiciones para garantizar que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada cuando a primera vista haya un caso de discriminación”^{862 863}.

El TEDH ha recordado en la reciente sentencia sobre el asunto *Manzanas Martin C. España*, núm. 17966/10, de 3 de abril 2012, que “por lo que se refiere a la carga de la prueba desde la perspectiva del artículo 14 del Convenio, el Tribunal ya ha señalado que, cuando un demandante alega la existencia de una diferencia de trato, incumbe al Gobierno demostrar que esta diferencia de trato está justificada”⁸⁶⁴. En similar sentido, la sentencia de la Corte IDH, en el caso *Atala Riffo y niñas c. Chile*, de 24 de febrero de 2012, señala que tratándose de la prohibición de discriminación [...], la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”.

En la jurisprudencia española, con anterioridad a las normas positivas internas, se había incorporado el criterio de lo que se ha denominado como inversión de la carga de la prueba, a partir de la vulneración de la libertad sindical. Así establece la STCE 38/1981, de 23 de noviembre, que, “de la protección eficaz contra los actos discriminatorios contrarios a la libertad sindical, forma parte el imponer al empresario la carga de probar que el despido está justificado, que obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio a la libertad sindical”. Con posterioridad, exigirá que el trabajador aporte indicios, como puede constatarse en las SSTCE 34/1984, de 9

⁸⁶¹ LOUSADA AROCHENA: “La prueba de la discriminación en el Derecho comunitario”, p.128. Sobre verosimilitud y prueba *prima facie*, vid. TARUFFO, Michele: *La prueba de los hechos*, Trotta, 2ª Ed., 2005, pp.503 y ss.

⁸⁶² En el mismo considerando se señala que ello corresponde “excepto en relación con los procedimientos en que sea el Tribunal o el órgano nacional competente quien deba instruir los hechos”.

⁸⁶³ Incluso en el artículo 19.2 se reconoce el derecho de los Estados miembros “a imponer un régimen probatorio más favorable a la parte demandante”.

⁸⁶⁴ Antes había afirmado en el asunto *D.H. y otros c. la República Checa*, núm. 57325/00, de 13 de noviembre de 2007, que “[e]n ce qui concerne la charge de la preuve en la matière, la Cour a déjà statué que, quand un requérant a établi l’existence d’une différence de traitement, il incombe au Gouvernement de démontrer que cette différence de traitement était justifiée”. Existen antecedentes en los asuntos *Larkos c. Chipre*, núm.29515/95, de 18 de febrero de 1999, y *Chassagnou y otros c. Francia*, núms. 25088/94 28331/95 28443/95, de 29 de abril de 1999.

de marzo, y 21/1992, de 14 de febrero. Estos criterios subsisten hasta nuestros días, como se puede ver en la STCE 257/2007, de 17 de diciembre⁸⁶⁵.

El artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral dispuso que “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. El actual artículo 96 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, incorpora a la normativa sobre carga de la prueba las hipótesis de discriminación por identidad sexual, acoso y cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública. En su momento, la Ley orgánica 3/2007 dispuso en su artículo 13.1 que, “de acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad”.

En el caso de Chile, el procedimiento de tutela laboral, contemplado en el Código del Trabajo, establece la alteración de la carga de la prueba. Así, el artículo 493 expresa que “[c]uando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Aunque el legislador utiliza la expresión “explicar”, resulta claro que, respecto de las medidas empresariales, como lo señala la sentencia de la Corte de Apelaciones (en adelante, SCA) de Santiago, Dirección del Trabajo contra Subus Chile S.A., rol núm. 808-2010, de 19 de octubre de 2010, debe existir “una justificación que claramente sea suficiente, no siendo una decisión arbitraria y dando razones de la proporcionalidad de las mismas”.

⁸⁶⁵ “En efecto, «este Tribunal, desde la STC 38/1981, viene resaltando la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba para la efectividad de la tutela antidiscriminatoria por razones sindicales. Y, en este sentido, se ha señalado que cuando se alegue que una determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales del afectado, incumbe al causante de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental...» (STC 202/1997, de 25 de noviembre, FJ 4; también, entre otras muchas, SSTC 168/2006, de 5 de junio, FJ 4; 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 4)”.

Ni la acción constitucional de protección ni la nueva acción de no discriminación arbitraria, introducida por la ley núm. 20.609, consideran una prueba indiciaria como la que existe en la tutela laboral, lo que, dada la dificultad probatoria de las situaciones de discriminación, se constituye en una importante limitación⁸⁶⁶. En el caso de la nueva acción de no discriminación arbitraria hay que añadir que la suerte de presunción de razonabilidad de los actos en ejercicio legítimo de un derecho hace que el estándar probatorio sea altamente exigente para quien, ejerciendo esta acción, afirme haber sido discriminado.

Como recuerda la citada STCE 257/2007, “[p]ara que opere este desplazamiento del *onus probandi*, no basta, empero, con que el recurrente en amparo la tilde de discriminatoria, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, constando esta prueba indiciaria, el demandado causante de la violación debatida asume la carga de demostrar que los hechos motivadores de la decisión laboral son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (STC 202/1997, de 25 de noviembre, FJ 4; también, entre otras muchas, SSTC 168/2006, de 5 de junio, FJ 4; 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 4)”.

Entonces no se trata propiamente de la inversión de la carga de la prueba, ni el trabajador está exento de probar, ni se somete al empleador a la prueba de un hecho negativo. En este sentido lo que hay es una alteración, variación, desviación o

⁸⁶⁶ Con todo, sería interesante considerar que por tratarse de actos de discriminación, aun sin norma expresa, y considerando la jurisprudencia internacional y comparada, se avanzara por los tribunales en la exigencia de la justificación por parte del empleador de la racionalidad y proporcionalidad de su conducta, a partir de los antecedentes o hechos indiciarios que aporte la supuesta víctima. En este sentido Bronstein ha identificado como un rasgo común en materia de derechos fundamentales, señalando que al abrigo de muchas sentencias judiciales se puede afirmar que, “cuando los demandantes establecen, ante un tribunal u otra autoridad competente, hechos de los que puede presumirse que sus derechos fundamentales han sido violados, es el demandado el que tiene la carga de probar que tales violaciones no han tenido lugar, o que están justificadas por un fin legítimo y que los medios empleados fueron apropiados” (BRONSTEIN: *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo*, p.153).

desplazamiento de la carga probatoria⁸⁶⁷. El fundamento de esta regla en materia de la carga de la prueba “se encuentra en la primacía de los derechos fundamentales y en la dificultad de prueba de la existencia de una causa de despido discriminatoria o lesiva de los mismos”⁸⁶⁸.

Como ha sintetizado Martín Hernández, “la prueba indiciaria, dada su crucial finalidad, se articula en torno a un doble elemento” : “el primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental; un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia del TC, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido”⁸⁶⁹. Como señala Melis Valencia, “[n]o se requiere [...] la prueba completa o plena, sino sólo una cierta actuación del denunciante en orden a formar convencimiento en el juez, no de la existencia necesaria de la vulneración, sino de su posible ocurrencia en atención a los hechos concretos”⁸⁷⁰. Agregaré Martín Hernández que, “sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, podrá entrar en juego el segundo elemento, consistente en que sobre la parte demandada recaerá la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios”⁸⁷¹.

Para el Tribunal Constitucional español, en sentencia 117/2000, de 5 de mayo, “la prueba de indicios exige dos elementos: a) que los hechos básicos estén completamente acreditados; b) que entre tales hechos básicos y aquél que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. La

⁸⁶⁷ Vid. ALARCÓN CASTELLANOS, María del Mar: “La resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante el período de prueba: desistimiento o despido nulo”, en *Aranzadi Social*, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona (España), 2005, párr. 31, p.2637.

⁸⁶⁸ DEL REY GUANTER, Salvador (Director) *ET AL: Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia*, Madrid (España), 2007, -2ª Edición-, Editorial La Ley, p.1167.

⁸⁶⁹ MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa: “Recurso de amparo. Prohibición de discriminación por razón de sexo (embarazo) en el seno de la relación laboral”, en *Aranzadi Social*, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona (España), 2005, párr. 33, p.2647..

⁸⁷⁰ MELIS VALENCIA: *Los derechos fundamentales de los trabajadores...*, p.75.

⁸⁷¹ MARTÍN HERNÁNDEZ: “Recurso de amparo...”, párr. 33, p.2647..

prueba indiciaria se caracteriza por el mayor subjetivismo que preside su valoración por el juzgador y, en consecuencia, se ha de ser especialmente riguroso en cuanto a la exigencia de una motivación suficiente⁸⁷².

En línea con lo señalado en el párrafo precedente, la STJUE, asunto *Brunnhöfer c. Bank der österreichischen Postsparkasse AG.*, C-381/99, de 26 de junio de 2001, expresa con claridad que, frente a los indicios aportados por el trabajador, el empresario tendrá entonces la posibilidad de “negar que los requisitos de aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras se cumplen en su caso”, y/o “invocar razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo, para justificar la diferencia de retribución señalada”. Más recientemente, en la STJUE, asunto *Kenny y otros*, C-427/11, de 28 de febrero de 2013, sobre la segunda posibilidad, ha reiterado que “en el marco de una discriminación salarial indirecta, incumbe al empleador aportar una justificación objetiva de la diferencia de retribución apreciada entre los trabajadores que se consideran discriminados y las personas de referencia”.

⁸⁷² En la citada sentencia, se consignan que “Según tenemos afirmado en nuestra jurisprudencia «el art. 120.3 de la Constitución establece que las Sentencias serán siempre motivadas, por lo que el razonamiento en virtud del cual el órgano judicial, partiendo de los indicios probados, llega a la conclusión de que el procesado ha realizado la conducta tipificada como delito (art. 25.1 de la Constitución) no puede ser meramente interno, sino que ha de expresarse en la Sentencia y, de otra, que ello es también una exigencia del art. 24.1 de la Constitución, pues de otro modo ni la subsunción estaría fundada en Derecho, como exige tal precepto, según muy reiteradas declaraciones del Tribunal, ni habría manera de que el Tribunal Constitucional determinase si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo, por lo que debe afirmarse que tal derecho exige también la motivación indicada. En definitiva, en la operación deductiva deberán señalarse, en primer lugar, cuáles son los indicios probados, y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal manera que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de los indicios» (STC 175/1985, de 17 de diciembre, FJ 5, con una doctrina reiterada en las SSTC 229/1988, de 1 de diciembre, 107/1989, de 8 de junio, 94/1990, de 23 de mayo, 244/1994, de 15 de septiembre, 24/1997, de 11 de febrero y 116/1998, de 2 de junio)”. Se agrega que “en suma, «de lo que se trata es de asegurar... la garantía formal de que el razonamiento hecho por el Tribunal conste expresamente en la Sentencia, pues solo de ese modo es posible verificar si el Tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia -lo único que compete al Tribunal Constitucional-» (STC 174/1985, de 17 de diciembre). No se trata, por tanto, de que el juzgador tenga que detallar en la Sentencia los diversos momentos de su razonamiento (STC 174/1985). Tampoco nuestro análisis sobre la suficiencia de la motivación ha de recaer sobre su extensión, cuantificación de argumentos o calidad literaria (ATCE 30/1988, de 28 de enero), puesto que no existe norma alguna en nuestras leyes de enjuiciamiento que imponga a priori una determina extensión o un cierto modo de razonar, ni es misión de este Tribunal revisar la estructura de las resoluciones judiciales. Pero hemos de supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (STC 220/1998, de 16 de noviembre). O, en otras palabras, nuestro juicio ha de versar acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria y, en concreto, con la suficiente solidez del engarce entre el resultado alcanzado con la actividad probatoria y el relato de hechos probados”.

Para que el trabajador coloque al empresario en la situación de justificar sus medidas, es necesario, como lo hemos dicho, que el trabajador aporte en juicio los elementos que permitan presumir que podríamos estar frente a una discriminación. Ello podría implicar el derecho del trabajador a obtener del empleador información que sustente lo que busca afirmar. En ese sentido, la STJUE, asunto *Galina Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH*, C-415/10, de 19 de abril de 2012, señala que diversas disposiciones de directivas referidas a la igualdad de trato⁸⁷³ deben interpretarse “en el sentido de que no prevén el derecho de un trabajador que alega de forma verosímil que reúne las condiciones enunciadas en un anuncio de contratación y cuya candidatura no ha sido seleccionada de acceder a la información que indica, si al término del proceso de selección el empresario ha contratado a otro candidato”. Con todo, expresa la misma sentencia, “no cabe excluir que una denegación total de acceso a la información por una parte demandada pueda constituir uno de los factores que se deben tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta”.

3.1.2.3. Breve nota sobre el enfoque de las políticas frente a la discriminación por razón de sexo: la transversalidad de género.

Como ha señalado la OIT, “hay consenso sobre el hecho de que la discriminación en el trabajo constituye una violación de un derecho humano que entraña un derroche de talento y efectos perjudiciales en la productividad y el crecimiento económico” y que, “además, en los planos social y económico genera desigualdades que debilitan la cohesión y la solidaridad sociales, amén de dificultar la reducción de la pobreza”; y “se coincide asimismo en que la eliminación de la discriminación, tanto en la legislación como en la práctica, presupone ineludiblemente promover la igualdad de oportunidades y de trato”⁸⁷⁴.

⁸⁷³ Los artículos 8, apartado 1, de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

⁸⁷⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y

Hemos expresado a lo largo de este texto que han existido distintas comprensiones acerca de la igualdad y la no discriminación, y que ellas determinan el modo de promover aquella y de erradicar esta, orientando las políticas públicas al respecto. Así, Pérez Del Río constata que “es preciso tener en consideración que el principio de igualdad, en un momento inicial, se configuró casi de forma exclusiva y excluyente como igualdad formal en la ley y ante la ley”, luego “pasó a interpretarse como igualdad de oportunidades, igualdad esencial o real, apareciendo y perfilándose conceptos jurídicos tan esenciales como los de acción positiva y discriminación indirecta” y actualmente “se ha intentado superar las carencias apreciadas respecto del principio de igualdad entendido tanto en su significación formal como en su significado real, mediante la acuñación de un nuevo concepto, el de transversalidad de género”⁸⁷⁵.

El principio de transversalidad “se consolidó, en el ámbito del ordenamiento jurídico comunitario, a través de la Decisión del Consejo 95/593/CEE, de 22 de diciembre de 1995, relativa a un programa de acción comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres”, siendo elevado “en el Tratado de Amsterdam, al derecho originario, aunque limitándolo a las políticas comunitarias”⁸⁷⁶ y llegará a las directivas sobre igualdad mediante la Directiva 2002/73/CE.

La transversalidad puede entenderse como “la integración sistemática de las respectivas condiciones, prioridades y necesidades de mujeres y hombres en todas las políticas, a fin de promover la igualdad entre ambos sexos y movilizar específicamente todas las políticas y medidas generales para lograr la igualdad, teniendo en cuenta de manera activa y abierta, en la fase de la planificación, sus efectos en las situaciones de mujeres y hombres al ejecutar y supervisar los programas”⁸⁷⁷.

Para Lousada Arochena, “una interpretación originalista de la Constitución española nos conduciría a una respuesta negativa a la pregunta de si el principio de transversalidad encuentra amparo constitucional”, pues “resulta evidente que, cuando se

derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 96 .a reunión, 2007. Informe I (B), p.7. Disponible [en línea] en: <http://www.ilo.org/> [citado en mayo de 2015].

⁸⁷⁵ PÉREZ DEL RÍO: “Transversalidad de género...”, pp.38 y 40.

⁸⁷⁶ LOUSADA AROCHENA: *El principio de transversalidad...*, p.17.

⁸⁷⁷ CE, Comunicación de la Comisión, de 21 de febrero de 1996, Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias, COM (96) 67 final.

elaboró nuestra Constitución, la teorización sobre el principio de transversalidad era simplemente inexistente, y no sólo en España”, pero “esta interpretación sería contraria a la vocación de permanencia de los mandatos constitucionales a pesar de los cambios derivados del progreso humano”. Por ello, para este autor, “es evidente, a la vista de nuestra Carta Magna, el fundamento constitucional de la transversalidad, en la medida en que, de un lado, se establece, en el artículo 14, que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de...sexo», y, de otro lado, se establece en el artículo 9.2, que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”, de lo que “no ofrece duda que la amplitud normativa ampara el significado del principio de transversalidad”⁸⁷⁸. Creemos que respecto de Chile es posible hacer similar razonamiento, basándose en el artículo 1° de la Carta fundamental, que afirma que “[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y establece que “[e]s deber del Estado [...] asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

En España, será la ley Orgánica 3/2007 la que reconocerá explícitamente el principio de la transversalidad. En la exposición de motivos se expresa que “la mayor novedad de esta Ley radica, con todo, en la prevención de esas conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad” y que “tal opción implica necesariamente una proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad” y “de ahí la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto”. El artículo 15 de la ley 3/2007 explicitará la transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, disponiendo que “el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos” y que “las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y

⁸⁷⁸ *Ibídem*, p.36.

presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades”⁸⁷⁹. Pero como se ha destacado, tal transversalidad se concreta también en el artículo 1 de la citada Ley orgánica, que se refiere a la eliminación de la discriminación de la mujer, “sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural” y se dirige no sólo a los poderes públicos, sino que también “regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo”.

3.1.3. Dos cuestiones sobre otros motivos discriminatorios

3.1.3.1. *La discriminación por la orientación sexual o identidad de género y su autonomía como motivo prohibido de distinción*

En los últimos años ha cobrado fuerza la identificación de la orientación sexual identidad de género como motivo de discriminación que atenta contra la dignidad de las personas y afecta peyorativamente a determinados colectivos⁸⁸⁰. A este respecto no existe hasta ahora unanimidad en torno a su tratamiento como un criterio autónomo o si debe considerarse como una dimensión más de la discriminación por razón de sexo⁸⁸¹. La propia CEACR de la OIT ha expresado que el motivo de la orientación sexual real o

⁸⁷⁹ Sobre las implicancias para los poderes públicos de la integración de la dimensión de género ver PÉREZ DEL RÍO: “Transversalidad de género...”, pp.42 y ss. y LOUSADA AROCHENA, José Fernando: *El principio de transversalidad...*, pp.99 y ss.

⁸⁸⁰ Lo órganos de Naciones Unidas han mostrado particular preocupación por que los Estado garanticen a todas las personas la igualdad de los derechos establecidos independientemente de su orientación sexual. Vid., por ejemplo, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre Chile en relación con el examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 40 del Pacto, de 17 de abril 2007 (CCPR/C/CHL/CO/5)

⁸⁸¹ La OIT, en el año 2007, identificaba a algunos países que han incorporado una prohibición general de la discriminación basada en la orientación sexual, entre los que se señalaba a Australia, Bulgaria, Canadá, República de Corea, Ecuador, Fiji, y Nueva Zelandia, y a otros que han incorporado una prohibición de la discriminación específicamente en el empleo basada en la orientación sexual, mencionando a Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Israel, Hungría, Lituania, Malta, Noruega, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia, y Timor-Leste (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo. 96.a reunión, 2007. Informe I (B), p.48).

supuesta no consta expresamente en el Convenio 111, aunque según la legislación de algunos Estados, el criterio del sexo o el género incluye la orientación sexual⁸⁸².

En la Unión Europea la tendencia de la jurisprudencia y de la normativa ha sido tratar separadamente la discriminación en razón del sexo y la fundada en la orientación sexual. Así, con claridad, la STJUE, asunto *Grant c. South-West Trains Ltd.*, C-249/96, de 17 de febrero de 1998, en su momento afirmó en relación con las normas antidiscriminación por razón de sexo que, “en su estado actual, el Derecho comunitario no se aplica a una discriminación basada en la orientación sexual”⁸⁸³. Posteriormente, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se refirió expresamente a la discriminación por orientación sexual, dándole un tratamiento separado de la discriminación por razón de sexo, la que se entiende se refiere a principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres⁸⁸⁴. Los países de la UE han adaptado su legislación nacional a lo dispuesto en la citada Directiva⁸⁸⁵. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 21, prohíbe específicamente la discriminación ejercida por razón orientación sexual.

Contrariamente, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en decisión relativa a la comunicación n. 488/1992, *Toonen c. Australia*, aprobadas el 31 de marzo de 1994, había afirmado que “que, a su juicio, se debe estimar que la

⁸⁸² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo, párr. 824.

⁸⁸³ La STJUE en el asunto *P. c. S. y Cornwall County Council*, C-13/94, 30 de abril de 1996, calificó con discriminatorio en razón del sexo el despido de un transexual, considerando que “cuando una persona es despedida por tener intención de someterse o haberse sometido a una operación de cambio de sexo, recibe un trato desfavorable frente a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la citada operación”.

⁸⁸⁴ Así, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, se refiere a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

⁸⁸⁵ Ya con la Directiva 2000/78/CE vigente es interesante considerar la STJUE sobre el asunto *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, C-147/08, de 10 de mayo de 2011. Esta se refiere a pensiones complementarias de jubilación y de supervivencia de los trabajadores, rechazando como discriminatoria por motivos de orientación sexual una disposición nacional en virtud de la cual el beneficiario que ha constituido una pareja estable inscrita percibe una pensión complementaria de jubilación de cuantía inferior a la que se reconoce al beneficiario casado que no viva permanentemente separado, si en el Estado miembro en cuestión el matrimonio se reserva exclusivamente a personas de sexo diferente y coexiste con el régimen de pareja estable inscrita reservado exclusivamente a las personas del mismo sexo.

referencia al «sexo», que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26 [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos], incluye la inclinación sexual”.

La sentencia de la Corte IDH, caso Atala Rizzo y niñas c. Chile, de 24 de febrero de 2012, estableció que “la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término «otra condición social» establecido en el artículo 1.1 de la Convención”. Agrega que “[p]or ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona” y, “[e]n consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”⁸⁸⁶.

En Chile, la ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, consideró explícitamente en el catálogo de motivos discriminatorios la orientación sexual e identidad de género, además de la discriminación por razón del sexo. De este modo, se diferencia del Código del Trabajo, el cual sólo se refiere expresamente a esta última. Con anterioridad a la citada ley, en la doctrina laboralista se había afirmado por algunos autores que aquellas categorías se encuentran incluidas en la discriminación por razón del sexo, aun cuando no se le les haya explicitado en la normativa laboral. En ese sentido, Ugarte Cataldo, sosteniendo que los criterios del artículo 2° del Código del Trabajo deben ser leídos en clave extensiva, había afirmado con claridad que el término sexo “puede legítimamente no sólo ser referido al género, sino que también a las opciones sexuales del trabajador”⁸⁸⁷.

⁸⁸⁶ Fundamenta la sentencia que “Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas [por ejemplo, la Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género] (...), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención”.

⁸⁸⁷ UGARTE CATALDO: *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, p.35. Al respecto este autor cita la sentencia de la causa rol 92.771-2007, del Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, el cual expresa que “[e]l concepto de discriminación por razón de sexo no puede comprender sólo la pura constatación de la persona perjudicada -si es hombre o mujer-, sino de englobar, también, las condiciones o circunstancias relacionadas con la identidad sexual u orientación sexual de la persona”. Agrega la sentencia, que, “[i]nterpretando de esta forma el artículo 2° de Código del Trabajo, es posible proteger laboralmente de toda discriminación por razón de sexo a quienes pertenezcan a una minoría sexual, lo que es concordante con tratar de evitar que se produzcan actos de discriminación, protegiéndose de manera efectiva los derechos fundamentales de la persona humana, toda vez que no entenderlo así implicaría dejar sin

En síntesis, existen ordenamientos nacionales o internacionales en los cuales se ha explicitado la orientación sexual como un criterio autónomo de discriminación prohibida, mientras que en aquellos en los cuales no se ha incorporado expresamente en la normativa, los criterios jurisprudenciales y doctrinales se han inclinado o por considerarlo dentro de la discriminación por razón de sexo o por estimar que forma parte de aquellas otras condiciones personales o sociales no especificadas por las normas, pero que, en tanto atentatorias a la dignidad de las personas y que provocan menoscabo a determinados colectivos, deben considerarse discriminatorias.

3.1.3.2. La discapacidad y la discriminación por vinculación

Por último, quisiéramos destacar la denominada discriminación por vinculación o por asociación, concepto que ha sido puesto de relieve a partir de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que podría tener en el futuro importantes proyecciones.

La STJUE, asunto Coleman c. Attridge Law y Steve Law, C-303/06, de 17 de julio de 2008, se refiere a un caso relativo a la conciliación, en el cual es acosado y despedido un trabajador que no es una persona con discapacidad, pero cuyo hijo sí lo es. El TJUE ha señalado que “la prohibición de discriminación directa que establecen [los artículos 1 y 2, apartados 1 y 2, letra a) de la Directiva 2000/78] no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas”, afirmando que “cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el citado artículo 2, apartado 2, letra a)”.

protección a un grupo de la sociedad civil, dando lugar a los actos de discriminación que la misma Carta fundamental ordena erradicar”.

Se ha destacado que en esta sentencia se ha configurado por el TJUE “un derecho específico a no recibir un tratamiento peyorativo como represalia por el tiempo dedicado al cuidado de un hijo discapacitado”⁸⁸⁸; es decir, una discriminación por vinculación o por asociación. Esta figura considera, entonces, “las discriminaciones que pueden sufrir algunas personas por su relación con otras de especiales características”⁸⁸⁹. Sería razonable considerar que este mismo criterio pudiera aplicarse eventualmente respecto de personas que se relacionen con otros colectivos vulnerables y que, en razón de tales vínculos, pudieran ser víctimas de tratos desfavorables. En esta línea, se ha citado un caso reciente en Francia en el que se ha declarado como discriminatorio el despido de un trabajador a causa de las actividades sindicales de su pareja⁸⁹⁰.

3.1.4. Orientaciones en torno a la discriminación en el trabajo

Ha de tenerse en cuenta a la hora de resolver los conflictos que se presenten en el ámbito laboral la normativa internacional y supranacional existente sobre la no discriminación, unida a los criterios interpretativos de la jurisprudencia y de los respectivos órganos de control, habida consideración a las observaciones de la doctrina, en tanto se considere tal normativa como derecho directamente aplicable y como clave hermenéutica del propio ordenamiento.

Revisemos en síntesis los principales elementos que hemos identificado y que han de orientar el análisis y las decisiones frente a situaciones de discriminación:

- a) Toda diferencia de trato arbitraria, sin justificación objetiva y razonable, es contraria a la igualdad; sin embargo, existen ciertos criterios de diferenciación que han sido identificados como particularmente injustos y detestables, que atentan contra la dignidad humana y colocan a determinados colectivos en una situación de exclusión, cuya utilización es constitutiva de discriminación.

⁸⁸⁸ BALLESTER PASTOR: “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, p.216.

⁸⁸⁹ REY MARTÍNEZ: “El modelo europeo de lucha contra la discriminación...”, p.34.

⁸⁹⁰ *Ibidem*, p.35

- b) Estos criterios de diferenciación son históricos en dos sentidos distintos: en el primero, porque dan cuenta de un trato peyorativo a determinados colectivos arraigado y persistente en el tiempo, y, en el segundo, porque no constituyen un catálogo definitivo y cerrado, pues es posible que en cada época se identifiquen criterios odiosos excluyentes y contrarios a la dignidad humana.
- c) Tradicionalmente se ha entendido la no discriminación como un canon de regularidad jurídica en el ejercicio de otros derechos reconocidos como fundamentales. Sin desconocer este carácter relacional, hoy se entiende que existe discriminación al distinguir, excluir o preferir en base a alguno(s) de los motivos infames identificados por los ordenamientos, con independencia de que se afecte o no a otro derecho fundamental.
- d) Se ha reconocido una eficacia directa del derecho a no discriminación en las relaciones entre privados, incluido el trabajo por cuenta ajena. Siendo la igualdad y la no discriminación derechos de todas las personas, se afirma que son derechos inespecíficos de los trabajadores. El empresario no puede fundar sus medidas en criterios discriminatorios, ni ellas pueden tener por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades y de trato en este ámbito, y ellas deben justificarse objetivamente en una finalidad legítima y los medios para alcanzarla han de ser adecuados, necesarios y proporcionales.
- e) La discriminación en razón del sexo o del género no sólo se refiere a una diferencia de trato arbitraria en perjuicio de las mujeres, sino a una práctica social persistente que han sufrido y sufren por su condición de tales y por el lugar que históricamente se les ha asignado, que las ha puesto en una situación de menoscabo, cuya interdicción implica la búsqueda no sólo una igualdad formal, sino que material o real.
- f) En relación con la igualdad retributiva entre mujeres y hombres por igual trabajo o por trabajo de igual valor, que evite la discriminación en razón del sexo:
 - A efectos de la calificación de trabajos comparables es posible atender al conjunto de factores que pudieran definir la situación de comparabilidad. Así, es admisible efectuar análisis intertemporales, considerar trabajos

que se realizan en jornadas de diferente extensión o con contratos de diversa duración, y se puede considerar la diferencia de retribución si los trabajadores peor pagados realizan una tarea de superior valor a aquella con la que se le compara.

- El concepto de retribución comprende las prestaciones pagadas por un empresarios con ocasión de la relación laboral, sea en virtud del contrato de trabajo, de disposiciones legales o con carácter voluntario, incluidas las abonadas por el empresario en virtud de disposiciones legislativas destinadas a garantizar unos ingresos a los trabajadores mientras no ejerzan ninguna de las actividades previstas por el contrato, las que corresponda por el despido por causas económicas u organizativas, la indemnización concedida en virtud de una decisión judicial por la vulneración del derecho a no ser despedido de forma improcedente o los créditos idénticos, establecidos en un acto de conciliación, como también los beneficios a los ex trabajadores que se otorgan con posterioridad al término de la relación laboral, y las pensiones pagadas por un plan de pensiones de empresa. Se debe garantizar la igualdad respecto cada elemento de la retribución y no sólo apreciando el global de lo recibido.
- Existiendo sistemas de clasificación profesional, los criterios que la condicionan deben garantizar la misma retribución para un mismo trabajo objetivamente prestado, ya sea realizado por un trabajador masculino o por un trabajador femenino. Si se recurre a criterios como la flexibilidad, la formación profesional o la antigüedad del trabajador, se debe justificar su utilización demostrando que revisten importancia para la ejecución de las tareas específicas del trabajador y que son ajenos a cualquier discriminación.

g) Se considera discriminación directa la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a algunos de los criterios o factores prohibidos, de manera menos favorable que otra en situación comparable. Es abierta cuando hay una explícita distinción en base a alguno de dichos criterios y es oculta cuando habiéndose utilizado alguno de esos criterios se ha hecho de manera encubierta o con una pretendida justificación diferente.

- h) La discriminación indirecta corresponde al escenario en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un determinado colectivo en desventaja particular con respecto a otras personas que se encuentren en una situación comparable, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

Para constatar la existencia de una discriminación indirecta se debe atender a los resultados de las medidas empresariales, no exigiéndose la acreditación de una intención discriminatoria.

Para que exista discriminación indirecta tiene que, por una parte, presentarse el elemento estadístico (afectación mayoritaria de un colectivo vulnerable en relación con otro), y, por otra, la falta de justificación de la medida.

Un ámbito destacado donde se ha detectado la existencia de discriminación indirecta es en el trabajo a tiempo parcial, al establecerse condiciones laborales inferiores para este grupo de trabajadores, constituido mayoritariamente por mujeres, en relación a los trabajadores de jornada completa.

- i) Se considera como discriminación en razón del sexo no sólo la exclusión o trato diferente dado a una mujer por el hecho de ser tal, sino también aquella que pudiera basarse en una situación o condición que sólo pudiera estar presente en ellas.

Ello sucede, por ejemplo, con el embarazo y la maternidad. La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido en asuntos sobre la contratación, promoción y despido de mujeres, como también respecto de la discriminación retributiva ligada a la maternidad. Desde otra perspectiva, el embarazo y la maternidad, en tanto se entiende deben ser protegidos, pueden dar lugar a distintas medidas favorables a la mujer, las cuales no se estiman discriminatorias.

Hay otras situaciones o condiciones que sólo pueden estar presentes en las mujeres y cuya consideración puede ser discriminatoria, como el despido de una trabajadora basado fundamentalmente en el hecho de que ésta se somete a un tratamiento de fecundación in vitro.

- j) Los mecanismos de conciliación de la vida familiar y laboral se relacionan con la igualdad y la no discriminación por razón de sexo y, aunque se han

establecido para trabajadores y trabajadoras, tales mecanismos han permitido reducir brechas en materia de inserción laboral femenina. Constatándose que son ellas quienes más los utilizan, un trato desfavorable frente a su ejercicio pudiera eventualmente pensarse que es una discriminación en razón del sexo; sin embargo, la jurisprudencia ha entendido el trato perjudicial en razón de la conciliación familiar como causa autónoma de discriminación prohibida.

- k) Desde una concepción formal, toda distinción arbitraria basada en el sexo sería discriminatoria. Sin embargo, desde una concepción que busca una igualdad material y comprende la prohibición de la discriminación desde la perspectiva de terminar con criterios y prácticas odiosos que excluyen, marginan y atentan a la dignidad humana, no es posible desconocer que histórica y actualmente son las mujeres las víctimas de la discriminación por sexo.
- l) Eventuales consideraciones del sexo u otros criterios a efectos laborales sólo podrían admitirse de manera excepcionalísima, cuando exista una justificación suficiente. Es decir, cuando tales consideraciones se basen en las calificaciones exigidas para un empleo determinado, o dicho de otro modo, cuando debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. Dada su excepcionalidad, serán de aplicación estricta, específica y controlable.
- m) Las medidas de acción positiva, en tanto apuntan a la superación de desigualdades históricas y actuales, son medidas en favor de la igualdad y en contra de la discriminación.

Las medidas de acción positiva de objetivos o promocionales son generalmente aceptadas, mientras que las de resultado han sido más cuestionadas. Para ellas existen elevadas exigencias de razonabilidad y proporcionalidad, y dada su excepcionalidad, han de tener carácter temporal, realizarse bajo condiciones estrictas y ser establecidas o autorizadas por la ley.

- n) Mayoritariamente se ha entendido que constituyen discriminación tanto el acoso sexual como el acoso en razón de motivos discriminatorios, en tanto se tratan de situaciones peyorativas y humillantes, que tienen como principales víctimas a los colectivos vulnerables, precisamente en razón de su condición.
- o) La alteración de la carga de la prueba en la discriminación, de modo que a la supuesta víctima sólo se le exija aportar indicios suficientes de la existencia de la conducta discriminatoria y que corresponda al eventual autor de la misma probar la razonabilidad o proporcionalidad del acto o medida, obedece al reconocimiento de la debilidad de la posición probatoria del trabajador.
- No se trata propiamente de la inversión de la carga de la prueba, pues ni el trabajador está exento de probar, ni se somete al empleador a la prueba de un hecho negativo.
- Esta modalidad permitiría admitir juicios de verosimilitud, como el principio de prueba o la prueba *prima facie*.
- p) Existen ordenamientos que han explicitado la orientación sexual y la identidad de género como criterios autónomos de discriminación prohibida, mientras que en aquellos en los cuales no se ha incorporado expresamente se la considera dentro de la discriminación por razón de sexo o dentro de aquellas otras condiciones personales o sociales no especificadas por las normas.
- q) En los últimos años se ha identificado una nueva modalidad discriminatoria que podría calificarse como discriminación por vinculación o por asociación. Esta figura considera el tratamiento peyorativo que pueden sufrir algunas personas no por su propia condición, sino que por su relación con otras que integran colectivos vulnerables a los que se busca proteger.

3.2. La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

Cuando se menciona la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión se alude, en realidad, a tres libertades distintas, aunque tengan ciertos elementos en común y estén estrechamente ligadas⁸⁹¹. Estas libertades aluden al *forum internum*, a las convicciones personales, sean éstas de naturaleza intelectual, moral o religiosa⁸⁹². Es cierto que todas ellas se refieren a la autonomía de la persona para determinar su propia comprensión de la vida, su concepción del mundo o “*weltanschauung*”⁸⁹³, y conformar su actuar a ella; sin embargo, es posible distinguirlas.

La libertad de pensamiento se orienta al reconocimiento de la racionalidad del ser humano, que le permite tener su personal entendimiento acerca de su propia vida y de los fenómenos del mundo que le rodea. La persona es libre, conforme su intelecto se lo permite, de tener las ideas, conceptos y opiniones a las que escoja adherir o que haya podido construir⁸⁹⁴. Se ha identificado la libertad de pensamiento con la libertad ideológica, en tanto se entiende que la ideología “hace referencia al cuerpo de ideas fundamentales o básicas a las cuales adhiere un individuo, afectando su concepción de vida, su cosmovisión”⁸⁹⁵. Estrechamente ligada a la libertad de pensamiento se encuentra la libertad de expresión, en tanto la persona tiene derecho de manifestar o de comunicar tales ideas, conceptos y opiniones.

⁸⁹¹ Para algunos, cuando se alude a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión se refiere a “distintas dimensiones de un solo derecho de libertad”, el cual tiene diversas manifestaciones: “la libertad para creer; para elegir el objeto de las propias creencias; para formar colectivos – más o menos institucionalizados- inspirados en esas creencias, así como para adherirse a ellos o abandonarlos; y para exteriorizar las creencias en la conducta personal o la difusión y el proselitismo”, es decir, “[e]n síntesis, la libertad de individuos y grupos para creer y actuar en consecuencia” (MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: “La protección internacional de la libertad religiosa” en *Tratado de derecho eclesiástico*, EUNSA, Pamplona, 1994, p.188).

⁸⁹² Vid. GOY, Raymond: “La garantie européenne de la liberté de religion. L’article 9 de la Convention de Rome”, en *Droit et religion*, vol. 38, 1993, p.184

⁸⁹³ Se ha entendido que las *weltanschauungen* o concepciones del mundo son fuente del sentido vital y en ellas se encuentran tres elementos: una visión del mundo, del yo y de la causa del mundo y del yo. Se ha tipificado a estas concepciones, según su origen, en filosofías, ideologías, revelaciones y tradiciones o mitos fundadores (Vid. FERNÁNDEZ, Alfred: “Dignidad humana y diálogo intercultural. Posibilidades y condiciones del diálogo entre religiones y convicciones (Weltanschauungen)”, en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, vol. 12, 2011, pp.45-48).

⁸⁹⁴ Algunos dirán que la libertad de pensamiento o ideológica “queda reducida a las convicciones no fideístas” (MESEGUER VELASCO, Silvia: “El derecho de libertad religiosa”, en JUSDADO RUIZ-CAPILLAS Miguel Ángel y CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago (Coord.): *Derecho eclesiástico del Estado*, Colex, Madrid, 2011, p.95).

⁸⁹⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: “La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Ius et Praxis*, Talca, vol. 12, núm. 2, 2006, p.29.

La libertad de conciencia, por su parte, hace referencia “al juicio moral sobre las propias acciones y la actuación conforme a dicho juicio”⁸⁹⁶. Aunque distinguible de las otras dos libertades, es evidente que la conciencia se alimenta de la comprensión racional y de las creencias de la persona, el juicio moral se sustenta en sus convicciones⁸⁹⁷. Ellas son las que le permiten decidir lo que es bueno y conformar sus comportamientos a ello. Podemos decir, además, que comprende “la libertad de conciencia del creyente y la libertad de conciencia del no creyente”⁸⁹⁸.

Finalmente, la libertad religiosa se refiere a la autonomía de la persona para creer o no creer, para tener una fe o no tenerla, junto con poder manifestar, profesar y practicar tal creencia o expresar la ausencia de la misma. Posteriormente revisaremos con más detención las diversas dimensiones de esta libertad.

Estas libertades han sido ampliamente reconocidas por las constituciones y por una serie de instrumentos internacionales y se han entendido como fundamento de otras libertades y derechos fundamentales y de la propia sociedad democrática⁸⁹⁹.

En el caso del ordenamiento español, el artículo 16.1 CE garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Complementariamente, el artículo 16.2 CE dispone que nadie pueda ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. El artículo 16.3 se

⁸⁹⁶ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, en CASAS BAAMONDE, María Emilia, CRUZ VILLALÓN, Jesús y DURÁN LÓPEZ, Federico (Coord): *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Madrid, La Ley, 2006, p.584.

⁸⁹⁷ Nogueira Alcalá nos recuerda que la conciencia “constituye el núcleo central y básico de la personalidad del ser humano, ella estructura la conformación ética de la persona humana, posibilitando la integridad moral del individuo y el libre desarrollo de su personalidad” (NOGUEIRA ALCALÁ: “La libertad de conciencia...”, p.16).

⁸⁹⁸ PRECHT PIZARRO, Jorge: “Libertad religiosa”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 núm. 2, 2011, p.390.

⁸⁹⁹ La STCE 20/1990, de 15 de febrero, destaca que “la máxima amplitud con que la libertad ideológica está reconocida en el art. 16.1 de la Constitución” es precisamente “por ser fundamento, juntamente con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, según se proclama en el art. 10.1, de otras libertades y derechos fundamentales”. La STEDH, asunto Kokkinakis c. Grecia, 14307/88, de 25 de mayo de 1993, afirma que “la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l’une des assises d’une «société démocratique»”.

refiere a la neutralidad religiosa del Estado⁹⁰⁰. Por su parte, el artículo 14, referido a la igualdad y la no discriminación, establece la interdicción de la discriminación en razón, entre otros motivos, de la religión. Por último, el artículo 20 se referirá al derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones.

En el ordenamiento chileno, el artículo 19 núm. 6° CCh asegura la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. Asimismo, reconoce a las confesiones religiosas una serie de derechos⁹⁰¹. La Constitución chilena no se refiere explícitamente a la libertad de pensamiento o libertad ideológica, aunque sea un supuesto de la libertad de conciencia, toda vez que ésta se basa en las convicciones personales⁹⁰². De igual modo, la libertad de emitir opinión, reconocida en el artículo 19 núm. 12 CCh, ha de implicar que se reconoce la libertad de tener esa opinión, cuya expresión se garantiza.

En síntesis, y con los matices que se han indicado, ambos ordenamientos constitucionales reconocen y garantizan a las personas estas libertades, aunque admiten limitaciones en su manifestación, es decir, en su dimensión externa.

En ambos países, junto a los textos constitucionales, la legislación se ocupa de regular la libertad religiosa.

En España, la ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa, de 5 de julio, además de garantizar el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto, reconocida en la Constitución, de acuerdo con lo prevenido en la propia Ley Orgánica, establece que “[l]as creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante

⁹⁰⁰ Disponiendo que ninguna confesión tendrá carácter estatal y prescribiendo que los poderes públicos tengan en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantengan las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

⁹⁰¹ Estas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas. Además, las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor. Se dispone, además, que los templos y sus dependencias, destinados exclusivamente al servicio de un culto, estarán exentos de toda clase de contribuciones.

⁹⁰² Como señala acertadamente Nogueira Alcalá, el derecho de pensar con plena libertad es “lo que posibilita la propia selección o determinación de valores de acuerdo con los cuales formula su proyecto de vida y la conformación a dicho pensamiento de su actividad externa personal y social” (NOGUEIRA ALCALÁ: “La libertad de conciencia...”, p.16).

la Ley” y que “no podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad o el desempeño de cargos o funciones públicas” (artículo 1). Según expresa la ley, la libertad religiosa y de culto comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, entre otros, el derecho de toda persona a “[p]rofesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía, manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas” y a “[p]racticar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales” (artículo 2). Explicita también la ley que “[e]l ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática” (artículo 3).

En Chile, entre la regulación actualmente vigente, destaca la ley núm. 19.638, que establece normas sobre la Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas, de Diario Oficial el 14 de octubre de 1999. Esta legislación “se inscribe en una perspectiva de valoración del hecho religioso, asumiendo su influencia en la vida humana y la proyección de sus efectos a la esfera jurídica y política”⁹⁰³ y pretende garantizar “que las personas desarrollen libremente sus actividades religiosas y la libertad de las iglesias, confesiones y entidades religiosas” (artículo 3°), junto con establecer que “[n]inguna persona podrá ser discriminada en virtud de sus creencias religiosas, ni tampoco podrán éstas invocarse como motivo para suprimir, restringir o afectar la igualdad consagrada en la Constitución y la ley”. Conforme al artículo 6°, la libertad religiosa y de culto, con la correspondiente autonomía e inmunidad de coacción, significan para toda persona una serie de facultades, entre las que nos parece relevante destacar las de “[p]rofesar la creencia religiosa que libremente elija o no profesar ninguna; manifestarla libremente o abstenerse de hacerlo; o cambiar o abandonar la que

⁹⁰³ DEL PICÓ RUBIO, Jorge “Relaciones Estado-religión en Chile en el período 2000-2010. Avances y desafíos en el asentamiento de la libertad religiosa”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, IUSTEL, núm. 27, 2011, p.3.

profesaba” y las de “[p]racticar en público o en privado, individual o colectivamente, actos de oración o de culto; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos; observar su día de descanso semanal recibir a su muerte una sepultura digna, sin discriminación por razones religiosas; no ser obligada a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales y no ser perturbada en el ejercicio de estos derechos”.

3.2.1. Las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión en instrumentos internacionales y supranacionales

Revisaremos a continuación estas libertades desde la perspectiva de su consagración por instrumentos internacionales y supranacionales.

El artículo 18 de la Declaración Universal reconoce que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

El artículo 18 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos contiene una norma de similar tenor a la citada en la Declaración, aunque con algunos matices. Habla de la libertad “de adoptar la religión o las creencias de su elección” en lugar de la libertad “de cambiar de religión o creencia” y se refiere a la libertad de manifestación de las mismas “mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza” en lugar de “la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”. Dispone, en su numeral 2, que “nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección” y reconoce, en su numeral 4, “la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Por su parte, el artículo 18.3 del mismo pacto autoriza que la ley pueda prescribir limitaciones a la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias, en la medida que “sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 2, se refiere a la garantía del ejercicio de los derechos que en ese instrumento se enuncian sin discriminación alguna. Entre los motivos por los cuales señala no se puede discriminar está la religión⁹⁰⁴.

Naciones Unidas ha proclamado, el 25 de noviembre de 1981, la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, instrumento que, junto con expresar que este derecho “incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza”, ha especificado las libertades que envuelve. Señala el artículo 6 que comprenderá, en particular, las libertades siguientes: “a) La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines; b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas; c) La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción; d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas; e) La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines; f) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones; g) La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción; h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción; i) La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional”⁹⁰⁵.

⁹⁰⁴ También el artículo 13, en relación a la libertad religiosa, pero a propósito del derecho la educación, señala, en su numeral 1, que esta “debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos” y, en su numeral 3, se refiera a la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger la educación de sus hijos o pupilos y de hacer que estos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

⁹⁰⁵ Otros instrumentos internacionales se refieren a la libertad religiosa. Entre ellos: la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por Asamblea General de UN, de 18 de diciembre de 1992; la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención del Estatuto de los refugiados; los Convenios de Ginebra (Convenio I, para aliviar la suerte que corren los heridos y

Las normas internacionales del trabajo de la OIT principalmente enfocan la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión desde la perspectiva de catalogar a la religión como un motivo de distinción, exclusión o preferencia de carácter discriminatorio⁹⁰⁶.

Excepcionalmente, algunos convenios presentan ciertos matices en su tratamiento. Así, el convenio núm. 29, sobre el trabajo forzoso, del año 1930, al establecer la supresión progresiva del trabajo obligatorio de utilidad pública impuesto por la administración, consideró que, en tanto no haya sido abolido, las autoridades interesadas deberían cerciorarse previamente de que, entre otras condiciones, “la ejecución de este trabajo o servicio estará dirigida de acuerdo con las exigencias de la religión”. Por su parte, el Convenio núm. 105, sobre la abolición del trabajo forzoso, en su artículo 1, se refiere a la obligación de suprimir y de no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio como medida de discriminación religiosa o como castigo por tener determinadas opiniones⁹⁰⁷. Cabe consignar que el Convenio núm. 106, sobre descanso semanal, en su artículo 6.4, dispone que “[l]as tradiciones y las costumbres de las minorías religiosas serán respetadas, siempre que sea posible”. Por su parte, en el artículo 5º del Convenio núm. 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales, señala que “deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios” de los pueblos indígenas⁹⁰⁸.

los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Convenio II, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, Convenio III, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra y Convenio IV, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra).

⁹⁰⁶ *Vid.*, además del Convenio núm. 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, las siguientes disposiciones: Convenio núm. 97, sobre los trabajadores migrantes, artículo 6; Convenio núm. 110, relativo a las condiciones de empleo de los trabajadores de las plantaciones, artículo 2 y 46; Convenio núm. 122, sobre la política del empleo, artículo 1; Convenio núm. 140, sobre la licencia pagada de estudios, artículo 8; Convenio núm. 158, sobre la terminación de la relación de trabajo, artículo 5; Convenio núm. 163, sobre el bienestar de la gente de mar, artículo 3; Convenio núm. 168, sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, artículo 6; Convenio núm. 181, sobre las agencias de empleo privadas, artículo 5; y Convenio núm. 103, sobre la protección de la maternidad, artículo 2.

⁹⁰⁷ La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha expresado en muchas ocasiones el rechazo a la imposición de trabajos obligatorios como sanción por el ejercicio de la libertad religiosa, y nuevamente lo ha hecho en su más reciente informe sobre la aplicación de normas internacionales del trabajo (*Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones 2013, Informe III (Parte 1A)*, OIT, Ginebra, 2013, pp.244, 294, 308).

⁹⁰⁸ Otros convenios más específicos también consideran el aspecto religioso. Así, por ejemplo, el Convenio núm. 133, sobre el alojamiento de la tripulación, para admitir excepciones establece que “se

A nivel regional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 9, consagra el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión en términos muy similares a los de la Declaración Universal, reconociendo la posibilidad de que la ley pueda limitarlo siempre en el marco de una sociedad democrática, por los mismos motivos señalados en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁹⁰⁹. Es necesario tener presente también el artículo 14 del Convenio, el cual se refiere al goce de los derechos y libertades reconocidos en este instrumento sin distinción en razón de la religión, entre otros motivos de discriminación prohibidos.

En el marco de la Unión Europea, la Carta de Niza, en su artículo 10, se refiere a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la que implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos⁹¹⁰. Agrega la Carta de Niza un reconocimiento explícito del derecho a la objeción de conciencia, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio. Es preciso vincular este artículo 10 con lo dispuesto en los artículos 21 y 22 de la misma Carta, que, respectivamente, prohíben la discriminación por motivos religiosos y afirman el respeto de la UE por la diversidad religiosa. Cabe tener presente diversas disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: artículo 10 (lucha contra toda discriminación, entre otros motivos, por la religión, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones), artículo 13 (sobre la consideración de los ritos religiosos en variadas

tenga en cuenta, sin discriminación alguna, los intereses de tripulaciones con prácticas religiosas y sociales diferentes”. El Convenio núm. 188, sobre el trabajo en la pesca, admite excepciones por los mismos motivos y, además, en materia alimentaria dispone tener en cuenta las exigencias religiosas y las prácticas culturales de los pescadores.

⁹⁰⁹ Se ha destacado que, en el marco del Convenio, la Jurisprudencia del Tribunal Europeo se ha orientado por tres principios: la neutralidad estatal ante el fenómeno religioso, la libertad religiosa, y el principio de igualdad y no discriminación por motivos religiosos (*Vid.* TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro: “La libertad de pensamiento, conciencia y religión (Art. 9 CEDH)”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y GARCÍA ROCA, Francisco Javier (Coord.) *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p.510).

⁹¹⁰ En las “Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales” (2007/C303/02), en relación con el artículo 10, se señala que “[e]l derecho garantizado en el apartado 1 corresponde al derecho garantizado en el artículo 9 del CEDH y, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 52 de la Carta, tiene el mismo sentido y alcance”. Se agrega que “[p]or lo tanto, las limitaciones deben respetar el apartado 2 de dicho artículo 9, redactado como sigue: «La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.»”.

materias), artículo 17 (la relación de los Estados y de la propia UE con las iglesias y organizaciones) y artículo 19 (adopción de acciones adecuadas para luchar contra la discriminación).

También debemos considerar que existen directivas y reglamentos de la UE que se refieren a esta materia, incluidas algunas normativas laborales⁹¹¹. Entre ellas destaca la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la cual se refiere a la discriminación por motivos de religión o convicciones. Esta directiva considera la prohibición de cualquier discriminación directa o indirecta por estos motivos; admite diferencia de trato cuando una característica vinculada a la religión o convicciones constituya un requisito profesional esencial y determinante, cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado; permite el mantenimiento o la adopción de medidas concebidas para prevenir o compensar las desventajas sufridas por un grupo de personas con una religión o convicciones determinadas; señala la necesidad de disponer de medios de protección jurídica adecuados frente a la discriminación; y, si bien admite que las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse frente a una presunta discriminación, advierte que no corresponde a la parte demandada probar que la parte demandante pertenece a una determinada religión.

En el caso de América, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁹¹² estipula, en su artículo 3, que “[t]oda persona tiene el derecho a profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado”.

⁹¹¹ Por ejemplo, la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, establece, en su artículo 17, que los Estados miembros podrán establecer excepciones cuando se trate, entre otros casos, de trabajadores en actividades litúrgicas de iglesias y comunidades religiosas.

⁹¹² La Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han interpretado que la Declaración “es fuente de obligaciones de derecho internacional para los Estados miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA)” y, por otra parte, si bien la Convención sólo obliga a los Estados que sean parte en la misma, “la Comisión se ha servido del texto de la Convención para interpretar la Declaración, aun respecto de aquellos Estados que no son parte en la Convención” (ARLETTAZ, Fernando: “La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en la *Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 1, año 1, 2011, Mendoza-Argentina, p.44). Al respecto, es importante tener presente que si bien no todos los Estados americanos son parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, sí lo son de la Organización de Estados Americanos (*Vid.* BADILLA POBLETE, Elvira: “El concepto de libertad religiosa en algunos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que vinculan jurídicamente al Estado de Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 35, núm. 2, agosto 2008, p.355).

Por su parte en, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), se reconoce separadamente el derecho a la libertad de conciencia y de religión, en el artículo 12, respecto de derecho a la libertad de pensamiento, este último es tratado junto a la libertad de expresión, en el artículo 13⁹¹³. En todo caso, la libertad de conciencia y de religión se presenta en términos prácticamente idénticos a los ya señalados en los otros instrumentos⁹¹⁴. A su vez, el artículo 1 se refiere al compromiso de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona, sin discriminación alguna, entre otros, por motivos de religión⁹¹⁵.

3.2.2. *La libertad religiosa*

3.2.2.1. *Contenido y titulares de la libertad religiosa*

Presentados los instrumentos internacionales en relación con las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión, quisiéramos realizar a continuación una revisión algo más detenida de esta última, la libertad religiosa. Es preciso considerar que, a nivel sociológico, las religiones representan una inmensa parte de las

⁹¹³ En el sistema interamericano de Derechos Humanos la libertad de pensamiento casi se confunde con la libertad de expresión y la de información. La propia Corte Interamericana ha indicado que la norma del artículo 13 protege el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás (*Vid.* caso Colegiación Obligatoria de Periodistas, arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OC-5/85, Serie A núm.5, de 13 de noviembre de 1985; caso Fontevecchia y D'Amico c. Argentina, Serie C núm. 238, de 29 de noviembre de 2011, y caso Vélez Restrepo y familiares c. Colombia, Serie C núm. 248, de 3 de septiembre de 2012).

⁹¹⁴ El artículo 12 de la Convención Americana dispone que:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

⁹¹⁵ Se ha destacado que el artículo 27 de la Convención Americana establece dos cuestiones relevantes en torno a la protección de la libertad religiosa: a) si bien se permite suspender ciertas garantías en casos de estados de emergencia, se impide que en las disposiciones que se adopten exista discriminación en razón de la religión y b) se le incluye entre aquellos derechos que no admiten suspensión (*Vid.* BADILLA POBLETE: “El concepto de libertad religiosa en algunos instrumentos internacionales...”, p.356).

*weltanschauungen*⁹¹⁶, y entre estas convicciones y el trabajo se han producido y pueden producirse fricciones.

Nos interesa considerar el aporte que ha significado el ordenamiento internacional para la delimitación del contenido de este derecho y la determinación de los límites de los que eventualmente puede ser objeto. En este esfuerzo resultará clave identificar la jurisprudencia de los tribunales y las opiniones de los órganos de control internacionales. El presente estudio está enfocado en los derechos fundamentales de la persona del trabajador, procediendo, por tanto, a identificar los criterios que han de iluminar la resolución de los conflictos entre religión y trabajo. Sin embargo, para ello será necesaria una aproximación más amplia al fenómeno de la libertad religiosa, de modo que, correctamente dimensionada, podamos apreciar sus implicaciones en la relación laboral.

La comprensión actual de la libertad religiosa dista mucho de la que se tuvo en su inicial formulación, anterior al constitucionalismo. Originalmente se la entendió como “el reconocimiento y la protección jurídica no del individuo sino de la comunidad política para confesar colectivamente una religión, coincidente con el credo de su nuevo Príncipe soberano”⁹¹⁷.

Desde la Revolución francesa hasta nuestros días la libertad de religión cambiará su eje desde el Estado a los individuos, en una transición no exenta de dificultades, en cuyos extremos se encontrarán, por un lado, las tesis integristas del Estado confesional y, por el otro, las visiones liberales más radicales, intolerantes a cualquier manifestación de lo religioso en el ámbito público.

⁹¹⁶ Vid. FERNÁNDEZ, Alfred: “Dignidad humana y diálogo intercultural...”, p.48 Este autor destaca que buena parte de la humanidad se declara creyente y toma nota de persistencia del *homo religiosus*, a pesar del proceso de secularización.

⁹¹⁷ COELLO DE PORTUGAL, José María: “La libertad religiosa de los antiguos y la libertad religiosa de los modernos”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 7, 2010, p.163. Este concepto “se encuentra así presente en la teoría y en la praxis política europea de forma irreductible desde la génesis misma del concepto de Estado.”, en tanto, “[l]a Europa de las nuevas naciones y de los conflictos religiosos armados, la Europa de la libertad religiosa de los antiguos, configura así esta libertad no solo como un elemento caracterizador de la identidad nacional, sino, de hecho, como un elemento inherente a la soberanía política e incluso tipificador de la existencia de algunos nuevos Principados” (*Ibidem*, p.177).

Reconocida a los individuos y a las comunidades la libertad de creer y de manifestar sus creencias, nos encontraremos con un Estado que, admitiendo la relevancia social del hecho religioso, ha de adoptar una cierta neutralidad frente a las diversas creencias y asegurar aquella libertad como un derecho fundamental. Esta neutralidad exige al Estado garantizar la tolerancia entre las religiones, evitar la discriminación respecto de ellas y abstenerse de evaluar el contenido de las creencias religiosas y sus preceptos, salvo en cuanto se opongan a los derechos fundamentales y otros bienes constitucionalmente protegidos^{918 919 920}. A este respecto se reconoce que existen diversos modelos de neutralidad estatal en materia cultural y religiosa, señaladamente bien un medio para un fin, que es el pluralismo y la diversidad cultural, bien como un fin^{921 922}. Nogueira Alcalá caracteriza lo que él denomina como “Estado laico y democrático constitucional de nuestros días”, como “respetuoso del pluralismo

⁹¹⁸ Sobre la neutralidad del Estado en el marco del Convenio Europeo existe una abundante jurisprudencia. *Id.*, entre otras, sentencias sobre Asunto Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca, núm. 5095/71, 5920/72 y 5926/72, de 7 de diciembre de 1976; Asunto Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia, núm. 27417/95, de 27 de junio de 2000; Asunto Hasan y Chaush c. Bulgaria, núm. 30985/96, de 26 de octubre de 2000; Asunto Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros c. Turquía, núm. 41340/98, 41342/98, 41343/98 y 41344/98, de 31 de julio de 2001; Asunto Iglesia Metropolitana de Besarabia y otros c. Moldavia, núm. 45701/99, de 13 de diciembre de 2001; Asunto Phull c. Francia, núm. 35753/03, de 11 de enero de 2005; Asunto Leyla Sahin c. Turquía, núm. 44774/98, de 10 de noviembre de 2005; Asunto Sviato-Mykhailivska Parafiya c. Ucrania, núm. 77703/01, de 14 de junio 2007; Asunto Dogru c. Francia, núm. 27058/05, de 4 de diciembre de 2008; Asunto Ahtinen c. Finlandia, núm. 48907/99, de 22 de septiembre de 2009; Asunto Partido Socialista y otros c. Turquía, núm. 26482/95, de 12 de noviembre de 2003; Asunto Miroļubovs y otros c. Letonia, núm. 798/05, de 15 de diciembre de 2009; Asunto Lautsi y otros c. Italia, núm. 30814/06, de 18 de marzo de 2011; Asunto Fernández Martínez c. España, 56030/07, de 15 de mayo de 2012. *Vid.* CASTRO JOVER, Adoración: “La tutela de la libertad religiosa en la Unión Europea y su incidencia en el ordenamiento interno español”, en BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, CELADOR ANGÓN, Oscar y VACAS FERNÁNDEZ, Félix (Coord.): *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho*, 2011, pp.114-120; y TORRES GUTIÉRREZ: “La libertad de pensamiento, conciencia y religión...”, pp.510-512.

⁹¹⁹ Un ejemplo de evidente de intervención estatal indebida es la prohibición de los Testigos de Jehová en Argentina, la que, en su momento, la Comisión Interamericana declaró “constituye una clara violación al derecho de libertad religiosa, de culto y por consiguiente a la posibilidad de manifestarla y practicarla en público y privado” (Comisión IDH, Testigos de Jehová c. Argentina, caso 2137, resolución de 18 de noviembre de 1978).

⁹²⁰ La Comisión de Expertos de la OIT ha hecho notar el efecto perjudicial para las minorías étnicas de la práctica -alejada de la neutralidad estatal- en la República Islámica del Irán del *gozinesh*, procedimiento de selección que requiere que los potenciales funcionarios y empleados del Estado demuestren su adhesión a la religión del Estado (*Observación de CEACR a República Islámica del Irán, Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)*, 1958 (núm. 111), adoptada en 2010 y publicada en 100ª reunión CIT, 2011).

⁹²¹ *Vid.* GARCÍA AÑÓN, José y BORGES BLÁZQUEZ, Lola: “Artículo 10. La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, en MONEREO ATIENZA, Cristina y MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir. y Coord.): *La Europa de los Derechos, Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012, p.218.

⁹²² Cabe recordar que la Unión Europea, en su Declaración nº 11 sobre el estatuto de las iglesias y las organizaciones no confesionales, adjunta al Acta final del Tratado de Amsterdam, reconoció explícitamente que respeta y no prejuzga el estatuto reconocido, en virtud del Derecho nacional, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas en los Estados miembros, y que respeta asimismo el estatuto de las organizaciones filosóficas y no confesionales.

religioso e ideológico”, y “neutral ante las diversas opciones religiosas o ideológicas, garantizando el libre desarrollo del derecho a la libertad religiosa e ideológica”⁹²³.

Es esta libertad, reconocida a los individuos y a las comunidades, la que hoy se garantiza por los instrumentos internacionales y por nuestras constituciones, cuyos preceptos hemos citado precedentemente, entendiéndose que ella constituye “un ámbito de libertad y una esfera de *agere licere* ... con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales” (SSTCE 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre).

A partir de fuentes constitucionales e internacionales que hemos citado en relación a la libertad religiosa, resulta obvio y necesario efectuar algunas distinciones. De la simple lectura de ellas es posible diferenciar una vertiente interna y una externa, como también cabe distinguir entre la dimensión individual y la dimensión colectiva de la misma.

La vertiente interna de este derecho comporta la libertad de elegir, tener o profesar una creencia religiosa o de no tenerla. Es, por tanto, un derecho que ha de garantizarse tanto a quienes posean una determinada fe, como a quienes sean ateos y agnósticos. Así lo ha entendido el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que ha señalado que con el reconocimiento de la libertad religiosa se “protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia”⁹²⁴.

Se ha entendido que esta libertad de creer o no creer se configura como una libertad individual absoluta⁹²⁵, pues la libertad de pensamiento y conciencia o la libertad de tener la religión o las creencias de la propia elección están protegidas

⁹²³ NOGUEIRA ALCALÁ: “La libertad de conciencia...”, pp.22-23. Este autor describe una tipología que distingue entre: Estado confesional autoritario, Estado confesional tolerante, Estado aconfesional, Estado laico tolerante y Estado laico autoritario (*Ibidem*, pp.21-22).

⁹²⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: *General Comment No. 22: The right to freedom of thought, conscience and religion* (Art. 18), de 30 de julio de 1993, párrafo 2, cuyo texto se encuentra disponible [en línea] en inglés en <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/> y en español en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197982464/Estructura_C/1215198071682/Detalle.html [citado en mayo de 2015].

⁹²⁵ *Vid.* THAZIB-LIE, B: “Interdiction of religious discrimination”, en FLAUS, J.F. (ed.) *International Protection of Religious Freedom*, p.58, citado por VALDÉS DAL-RÉ: “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, p.586.

incondicionalmente⁹²⁶. Esto supone reconocer que “*la religion est avant tout une affaire de conscience, une affaire privée, personnelle, qui ne doit être en aucun cas imposée, et qu’on ne peut empêcher chez autrui, quelle que soit sa forme et son contenu*”⁹²⁷.

La tutela de esta vertiente interna de la libertad conlleva el reconocimiento de una serie de derechos que la integran, entre los que pueden señalarse la libertad de cambiar de religión, la prohibición de medidas coercitivas que puedan menoscabar aquella libertad, la garantía de que nadie pueda ser obligado a declarar sobre su religión o creencias, y la necesaria protección de los datos personales relativos a la religión.

La vertiente externa consiste en la libertad de las personas de manifestar su religión o su creencia, tanto en público como en privado, por el culto, las prácticas, la observancia de los ritos y la enseñanza. Como señala Valdés Dal-Ré, “[e]l contenido de la libertad de manifestación del credo religioso cubre, así, un muy amplio y variado conjunto de expresiones, que trasciende al ámbito de lo personal e íntimo para acceder de lleno al ámbito social y comunitario”⁹²⁸. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha expresado que “[l]a observancia y la práctica de la religión o de las creencias pueden incluir no sólo actos ceremoniales sino también costumbres tales como la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos, la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida, y el empleo de un lenguaje especial que habitualmente sólo hablan los miembros del grupo”⁹²⁹. Como recuerda Valdés Dal-Ré, “comprende, en definitiva, «todas las

⁹²⁶ Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: *General Comment No. 22: The right to freedom of thought, conscience and religion (Art. 18)*, párrafo 3. Resulta evidente que, “[l]as concepciones religiosas de las personas no puede ser objeto de control, sanción, prohibición o restricción mientras permanezca en el plano de la pura adhesión intelectual” (NOGUEIRA ALCALÁ: “La libertad de conciencia...”, p.23).

⁹²⁷ CHELINI-PONT, Blandine: “Laïcités française et américaine en miroir”, en *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, CRDF, 4, 2005, p.108, disponible [en línea] en <http://www.unicaen.fr/puc/spip.php?article868> [citado en mayo de 2015]. Se destaca en el citado artículo la convergencia, aunque con distinto fundamento, entre el reconocimiento americano y francés de esta libertad: “*S’il est possible de distinguer les racines protestantes de la liberté de conscience américaine (la foi est un acte volontaire, si elle est contrainte par l’ordre politique elle est inefficace) des racines rationalistes de la liberté de conscience française (la foi ne peut être démontrée, ce qui rend vaine et injuste son imposition), il reste que, quand un Américain pense liberté de conscience, le Français lui répond à l’unisson*” (Ibídem).

⁹²⁸ VALDÉS DAL-RÉ: “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, p.586.

⁹²⁹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: *General Comment No. 22: The right to freedom of thought, conscience and religion (Art. 18)*, de 30 de julio de 1993, párrafo 4.

formas que permiten hacer visible una religión», lenguaje, gestos, monumentos y templos, símbolos, alimentación, fiestas, ceremonias o vestimenta”⁹³⁰.

Este derecho incluye, en nuestro concepto, también el derecho a no ser obligados a participar en actividades que se opongan gravemente a las creencias religiosas o en ceremonias y ritos religiosos ajenos a las propias creencias. En su momento el TEDH, en sentencias de mayoría, no estimó que existiera una interferencia importante en la libertad religiosa de dos escolares que fueron sancionados ante su negativa, por motivos religiosos, a participar en un desfile escolar; aunque hubo votos particulares que estimaron que sí existía una vulneración de ella (SSTEDH sobre los asuntos *Efstratiou c. Grecia*, núm. 24095/94, y *Valsamis c. Grecia*, núm. 21787/93, ambas de 18 de diciembre de 1996). No obstante, en otro caso, asunto *Buscarini y otros c. San Marino*, núm. 24645/94, de 18 de febrero de 2009, el propio TEDH reconoció el derecho de unos parlamentarios a no jurar ante los evangelios, entendiendo que tal exigencia era contraria a la libertad religiosa y no reconocía adecuadamente el pluralismo. Un asunto con cierta similitud fue examinado en *Alexandridis c. Grecia*, núm. 19516/06, de 21 de noviembre de 2008, aunque en él no sólo se rechaza la participación obligada en ritos con elementos religiosos ajenos a las propias creencias, sino que se cuestiona que, al tener que excusarse del juramento religioso, necesariamente se manifiesta que se tiene otras convicciones⁹³¹.

En esta vertiente externa de la libertad religiosa, “que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen” (STCE 46/2001, de 15 de febrero)⁹³², pueden distinguirse las dimensiones individual y colectiva⁹³³. Es evidente que, junto a la

⁹³⁰ VALDÉS DAL-RE: “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, p.586.

⁹³¹ En este caso un sistema de juramento de los abogados en principio religioso, suponía a los ateos o a quienes no eran cristianos ortodoxos tener que revelar sus convicciones. Frente a ello, el TEDH afirma el derecho del individuo a no ser obligado a manifestar sus creencias. Así, “*la Cour considère que la liberté de manifester ses convictions religieuses comporte aussi un aspect négatif, à savoir le droit pour l'individu de ne pas être obligé de faire état de sa confession ou de ses convictions religieuses et de ne pas être contraint d'adopter un comportement duquel on pourrait déduire qu'il a – ou n'a pas – de telles convictions*”.

⁹³² *Vid.*, entre otras, SSTCE 19/1985, de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio, y 63/1994, de 28 de febrero.

⁹³³ Hay quienes distinguen una tercera dimensión, que denominan “institucional u organizativa”, la que “dependerá del modelo de las relaciones Iglesia-Estado y, en todo caso, implicará unas relaciones de cooperación entre un Estado concreto y determinado y las confesiones religiosas que operan en su territorio” (MESEGUER VELASCO: “El derecho de libertad religiosa”, p.92). Con todo, normalmente esta dimensión institucional es tratada por buena parte de la doctrina como integrante de la dimensión colectiva de la libertad religiosa.

titularidad reconocida a los individuos de este derecho, existe su garantía a los colectivos o comunidades que reúnen a quienes comparten convicciones religiosas o creencias, a quienes también ha de garantizarse “la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso” (STCE 46/2001, de 15 de febrero)⁹³⁴.

Mientras, como hemos señalado, la vertiente interna es reconocida como una libertad individual absoluta, que no admite limitaciones, la vertiente externa si es susceptible de ser restringida. Los motivos en que estas restricciones puedan fundarse han sido explicitados en las constituciones y en los instrumentos internacionales. Estas limitaciones han de ser establecidas por la ley, en el marco de una sociedad democrática, y la legislación que establezca estos límites ha de ser accesible, precisa y previsible, características que también puede alcanzar la ley cuando es complementada adecuadamente por la jurisprudencia⁹³⁵. Las limitaciones que la ley puede establecer

⁹³⁴ Arlettaz sostiene que en Sistema Interamericano la titularidad del derecho, atendida la literalidad de la Declaración y el Convenio, no parece extenderse a las personas jurídicas (ARLETTAZ: “La libertad religiosa en el Sistema Interamericano...”, p.43). Discrepamos de tal afirmación, puesto que, por una parte, la propia Convención reconoce que este derecho implica la libertad de profesar y divulgar religión o creencia, no sólo de modo individual o sino que colectivamente y, por otra, como lo señalamos en su oportunidad, las personas jurídicas son proyecciones del actuar de los individuos y, por tanto, es lógico que las organizaciones que estos constituyan sean titulares de los derechos fundamentales (*Vid.* STCE 139/1995, de 26 de septiembre). Al respecto, cabe tener presente los propios pronunciamientos de la Comisión Interamericana, que, por ejemplo, en su Informe Anual 1979-1980, señala respecto de Paraguay que en ese país “[l]a libertad religiosa y de cultos adolece de restricciones por cuanto, como se ha expresado en informes anteriores, a la congregación religiosa Testigos de Jehová se le retiró la personalidad jurídica”.

En Europa, Goy advierte una evolución sobre la materia en la CEDH. Constata que, tras haberse rechazado solicitudes de personas jurídicas en relación a libertad religiosa, se ha llegado a entender que una iglesia puede, con razón, ser considerada como solicitante. Destaca que existe una jurisprudencia ya constante desde el asunto Iglesia de la Cienciología c. Suecia, núm. 7805/77, decisión de 5 de mayo 1979 (*Vid.* GOY: “La garantie européenne de la liberté de religion...”, pp.172-173). Se expresa en la citada decisión : “*Il faut en conséquence admettre qu'un tel organe est capable de posséder et d'exercer à titre personnel, en tant que représentant des fidèles, les droits énoncés à l'article 9, paragraphe 1*”.

⁹³⁵ *Vid.* TORRES GUTIÉRREZ: “La libertad de pensamiento, conciencia y religión...”, p.515-516, en relación con las SSTEDH en los asuntos Wemhoff c. Alemania, núm. 2122/64, de 27 de junio de 1968; Sunday Times c. Reino Unido, núm. 6538/74, de 26 de abril de 1979; Kokkinakis c. Grecia, núm. 14307/88, de 25 de mayo de 1993; Hasan y Chaush c. Bulgaria, núm. 30985/96, de 26 de octubre de 2000. Como se reitera a propósito del asunto Dogru c. Francia, núm. 27058/05, de 4 de diciembre de 2008, “[d]’après la jurisprudence constante de la Cour, la notion de «loi» doit être entendue dans son acception «matérielle» et non «formelle»” y, “[e]n conséquence, elle y inclut l’ensemble constitué par le droit écrit, y compris des textes de rang infralégislatif (voir, notamment, De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, 18 juin 1971, § 93, série A no 12), ainsi que la jurisprudence qui l’interprète (voir, mutatis mutandis, Kruslin c. France, 24 avril 1990, § 29, série A no 176-A)”.

han de ser para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos⁹³⁶, o los derechos y libertades fundamentales de los demás⁹³⁷. Cabe recordar que, tratándose de limitaciones a derechos fundamentales, debe escogerse aquélla medida que restrinja en menor escala el derecho protegido⁹³⁸.

Se ha especificado que, en el marco señalado, eventuales límites a la libertad religiosa pueden imponerse “con el fin de poder reconciliar los intereses de los diferentes grupos religiosos, siempre y cuando los mismos se justifiquen sobre la base de una «imperiosa necesidad social» y sean «proporcionales al fin legítimo perseguido»”⁹³⁹.

La libertad religiosa ha estado asociada desde antiguo al fenómeno de la diversidad de creencias y se ha destacado que esta libertad constituye uno de los fundamentos de la sociedad democrática⁹⁴⁰. Junto a ello, resulta evidente que, al menos en Occidente, se ha asistido a una importante expansión del pluralismo religioso⁹⁴¹, por lo que es posible encontrarnos, además de la convivencia entre las religiones tradicionales, con el surgimiento de nuevas creencias religiosas y la conformación de pequeños grupos⁹⁴².

⁹³⁶ Vid. en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Asunto X. c. Austria, núm. 1747/62, decisión de 13 de diciembre de 1963; Asunto X. c. Reino Unido, núm. 6084/73, decisión de 1 de octubre de 1975; Asunto Kalaç c. Turquía, núm. 20704/92, de 1 de julio de 1997.

⁹³⁷ Vid. SSTEDH: Kokkinakis c. Grecia, núm. 14307/88, de 25 de mayo de 1993, y Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia, núm. 27417/95, de 27 de junio de 2000.

⁹³⁸ Vid. caso Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), OC-5/85, Serie A núm.5, de 13 de noviembre de 1985.

⁹³⁹ TORRES GUTIÉRREZ: “La libertad de pensamiento, conciencia y religión...”, p.512, que, a su vez, cita la sentencia Serif con Grecia, núm. 38178/97, de 14 de diciembre de 1999.

⁹⁴⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatizará que el derecho a la libertad de conciencia y de religión “es uno de los cimientos de la sociedad democrática” y que “en su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida” (SCIDH, caso “La Última Tentación de Cristo”, Olmedo Bustos y otros c. Chile, Serie C núm. 73, de 5 de febrero de 2001). Este es uno de los escasos pronunciamientos la Corte Interamericana sobre la libertad religiosa, y se constata que este tema, hasta ahora, no ha tenido una repercusión como la que se ha manifestado en Europa (Vid., entre otros, FIX-ZAMUDIO, Héctor: “La libertad religiosa en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en VV.AA: *La libertad religiosa, Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1996, pp.499-510 y ARLETTAZ, Fernando: “La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos...”, p.43).

⁹⁴¹ Valdés Dal-Ré destaca entre las causas de este pluralismo en Occidente, por una parte, la emergencia de nuevas iglesias o religiones, fruto de escisiones de iglesias cristianas, fundadas en tradiciones orientales o en diversas inspiraciones, y, por otra, el desarrollo de intensos flujos migratorios, donde destaca el crecimiento de la religión musulmana en Europa (Vid. VALDÉS DAL-RÉ: “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, pp.576-577).

⁹⁴² Goy recoge decisiones en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativas a asuntos en los cuales los solicitantes expresan su religión. En algunos casos ellos afirman simplemente su

Desde el punto de vista político y jurídico, el pluralismo religioso ha supuesto un importante debate en torno a la integración y la diversidad. Como recuerda Valdés Dal-Ré, esto supone optar entre un tratamiento jurídico indiferenciado o uno diferenciado, discernimiento que en Europa, en general, aunque con evidentes matices, se ha decantado por un modelo en el que se respeta la diversidad, en la medida que la misma no atente a los derechos fundamentales⁹⁴³.

Lo anterior supone hacerse cargo de la ambivalencia de la diversidad, en tanto, por una parte, es un valor en una sociedad democrática y, por otra, es un problema difícil de enfrentar. Es preciso considerar que las *weltanschauungen* suponen tener por

condición de cristianos (asunto, Gerdas c. Suecia, núm. 12375/86, de 7 de octubre de 1987 y asunto Hubaux c. Bélgica, núm. 11088/84, de 09 de mayo de 1988) y en otros especifican ser protestantes (asunto X... c. Países Bajos, núm. 2988/66, de 31 de mayo de 1967; asunto X... c. Países Bajos, núm. 5156/71, de 07 febrero de 1972; asunto E... c. República Federal Alemana, núm. 10901/84, de 8 de mayo de 1985 y asunto E... c. República Federal Alemana, núm. 12230/86, de 12 diciembre de 1987), entre ellos luteranos (asunto X... c. Dinamarca, núm. 7374/76, de 08 de marzo de 1976; asunto E... c. República Federal Alemana, núm. 9183/80, de 5 de octubre de 1981, y asunto Knudsen, núm. 11045/84, de 8 de marzo de 1985), reformados (asunto X... c. Países Bajos, núm. 1068/61, de 14 de diciembre de 1962; asunto Iglesia Reformada X... c. Países Bajos, núm. 1497/62, de 14 diciembre de 1962; asunto X... c. Países Bajos, núm. 2065/63, de 14 diciembre de 1965, y asunto R... c. Suiza, núm. 7562/76, de 16 de mayo de 1977), anglicanos (asunto X... c. República Federal Alemana, núm. 2143/65, de 16 de diciembre de 1966), cuáquero (asunto C... c. Reino Unido, núm. 10358/83, de 5 de diciembre de 1983), católicos (asunto X... c. Suecia, núm. 172/56, de 20 de diciembre de 1957; asunto X... c. Suecia, núm. 911/60, de 10 de abril de 1961; asunto Demeester c. Bélgica, núm. 8491/79, de 8 de octubre de 1981, y asunto E... c. Austria, núm. 9781/82, de 4 de mayo de 1984), u ortodoxo (asunto Daratsakis c. Grecia, núm. 12902/87, de 7 de octubre de 1987). También identifica casos relativos a algunas religiones que, aunque tradicionales, son minoritarias en Europa, como la judía (asunto X... c. República Federal Alemana, núm. 627/59, de 14 de diciembre de 1961; asunto X... c. Reino Unido, núm. 5947/72, de 5 de marzo de 1976; asunto D... c. Francia, núm. 10180/82, de 6 de diciembre de 1983), musulmana (asunto A... c. Reino Unido, núm. 5112/71, de 13 de diciembre de 1971; asunto X... c. Reino Unido, núm. 8160/78, de 12 de marzo de 1981; asunto Khan c. Reino Unido, núm. 11579/85, de 7 de julio de 1986) y budista (asunto X... c. Austria, núm. 1753/63, de 15 de febrero de 1965; asunto X... c. Reino Unido, núm. 5442/72, de 20 de diciembre de 1974, y asunto X... c. Reino Unido, núm. 6886/75, de 18 de mayo de 1976). También cita casos respecto de los Testigos de Jehová (asunto Grandrath c. República Federal Alemana, núm. 2299/46, de 23 de abril de 1965 y asunto X... c. R. F. A., núm. 7705/76, de 5 de julio de 1977), la secta Moon (asunto X... c. Austria, núm. 8652/79, de 15 de octubre de 1981, y asunto Associazione spirituale per l'unificazione del mondo cristiano c. Italia, núm. 11574/85, de 5 de octubre de 1987), la Iglesia de la Cienciología (asunto X... et Iglesia de la Cienciología c. Suecia, núm. 7805/77, de 05 de mayo de 1979; asunto Iglesia de la Cienciología y 128 miembros c. Suecia, núm. 8282/78, de 14 de julio de 1980, y asunto Kunzi-Brenzikofer, núm. 12097/84, de 13 de julio de 1987). Finalmente se refiere a casos en los cuales se han invocado otras creencias que califica de “plus marginales et originales”, como son los Druidas (asunto Chappell c. Reino Unido, núm. 12587/86, de 14 de julio de 1987), los Adoradores de la luz (asunto X... c. República Federal Alemana, núm. 4445/70, de 1 de abril de 1970), la Divina Luz (Swami Omkarananda et Divine Light Zentrum c. Reino Unido, núm. 8118/77, de 19 de marzo de 1981) y la religión Wicca (asunto X... c. Reino Unido, núm. 7291/75, de 4 de octubre de 1977). (Goy, Raymond: “La garantie européenne de la liberté de religion. L’article 9 de la Convention de Rome”, en *Droit et religion*, volumen 38, 1993, p.169).

⁹⁴³ Vid. VALDÉS DAL-RÉ: “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, pp.577-578.

verdadero⁹⁴⁴ aquello que sustenta las convicciones; y, sin embargo, en una sociedad pluralista, el reconocimiento de la diversidad implica aceptar que otros puedan sustentarse en convicciones distintas, lo que es de suyo complejo y puede dar lugar a conflictos. Con todo, cabe tener presente que la valoración de la diversidad y su tutela, considerada una “virtud política”⁹⁴⁵, no puede resultar una concesión sin límites⁹⁴⁶, en tanto la tolerancia ha de tener como supuesto “el reconocimiento de los derechos humanos universales y las libertades fundamentales de los demás”⁹⁴⁷

Resulta también necesario distinguir entre la libertad religiosa en sí misma como derecho fundamental y el derecho a la igualdad y no discriminación por motivos religiosos, como lo han hecho los instrumentos a los que hicimos referencia y como lo ha hecho también la jurisprudencia⁹⁴⁸. Esta distinción conceptual, con importantes efectos prácticos, es necesaria, sin que con ello se pretenda desconocer la estrecha relación e interdependencia que pueda darse entre estos derechos. Es más, será preciso aceptar que la libertad religiosa aparecerá muchas veces imbricada también con otros derechos, como puede ser la libertad de expresión o el derecho a la intimidad.

La Organización Internacional del Trabajo ha constatado una visibilidad creciente de la discriminación religiosa en el empleo, observándose una tendencia en los últimos años al aumento generalizado del número de casos, que agrava las inquietudes

⁹⁴⁴ A propósito de las creencias, Fernández nos recuerda las expresiones de Paul Ricoeur: “*tenir-pour-vrai*” (FERNÁNDEZ, Alfred: “Dignidad humana y diálogo intercultural...”, p.49).

⁹⁴⁵ RAWLS, John: *El Liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996 (trad. de DOMÈNECH, Antoni), p.189.

⁹⁴⁶ En una visión crítica, se sostiene que “[s]obre la tolerancia moderna bascula el desarrollo de una ideología escéptica y relativista sustitutiva de la cultura moral, de un sistema alternativo sin reglas que, sin considerar su dependencia del poder, parecería que cualquiera puede definir en cualquier momento y de modo variable” (MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio: “(In)Tolerancia”, en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, vol. 11, 2010 pp.293-372). Por el contrario, sostenemos que en una sociedad democrática y pluralista, que tiene como basamento y límite los derechos fundamentales de las personas, la tolerancia responde precisamente a un consenso ético social básico, que ha sido consagrado constitucionalmente.

⁹⁴⁷ Declaración de principios sobre la tolerancia, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), de 16 de noviembre de 1995, disponible [en línea] en <http://www.unesco.org/cpp/sp/declaraciones/tolerancia.htm>

⁹⁴⁸ Vid. entre la jurisprudencia del TEDH sobre discriminación basada en la religión: Asunto Darby c. Suecia, núm. 11581/85, de 23 de octubre de 1990; Asunto Hoffmann c. Austria, núm. 12875/87, de 23 de junio de 1993; Asunto Thlimmenos con Grecia, núm. 34369/97, de 6 de abril 2000. Estos se refieren, respectivamente, a custodia de hijos, impuestos religiosos y acceso a nombramiento como experto contable.

que ya de por sí suscita la migración laboral en un contexto de inseguridad social y económica⁹⁴⁹.

3.2.2.2. *Libertad religiosa y trabajo*

Nos hemos referido ya extensamente a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, a su exigibilidad en las relaciones entre privados y, en especial, a su vinculabilidad en el ámbito del trabajo subordinado. Debemos, a continuación, referirnos a qué sucede con el derecho a la libertad religiosa⁹⁵⁰, tanto en lo que se refiere a su vertiente interna como externa, en las relaciones de trabajo⁹⁵¹.

Como hemos señalado anteriormente, una adecuada comprensión de los derechos fundamentales del trabajador supone entender que éstos no sólo son límites a la acción empresarial, sino que informan la relación laboral, constituyéndose en parámetros a los cuales ella debe conformarse. Superando una visión que circunscribe la relación de trabajo a un mero intercambio de prestaciones, es preciso reconocer que en ella participan sujetos a quienes se ha reconocido por normas constitucionales e

⁹⁴⁹ Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*, Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011, Informe I (B), Ginebra, 2011, p.45. Se destaca en este informe que “[e]n los Estados Unidos, la EEOC observó un aumento del número de acciones judiciales por discriminación religiosa, que pasó de 2.880 en 2007 a 3.386 en 2009”, mientras que “[e]n Francia el número de acciones incoadas por este concepto ante la HALDE aumentó de 79, registradas en 2007, a 303 en 2009”. Agrega que “un estudio reciente realizado por el Departamento de Trabajo y Pensiones del Reino Unido revela que los colectivos musulmanes se encuentran en posición de desventaja en el empleo, con independencia del grupo étnico al que pertenezcan” y consigna que, en 2009, “la Encuesta de la Unión Europea sobre minorías y discriminación realizada en 14 Estados miembros recogió una incidencia pronunciada de la discriminación en dicho colectivo de la población”.

⁹⁵⁰ Normalmente en los sistemas regionales de derechos humanos, los recursos se ejercen en contra de los Estados, por no haber garantizado adecuadamente los derechos frente a eventuales vulneraciones por particulares. De este modo, Arlettaz nos recuerda que si bien, en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos “[l]as violaciones de la libertad religiosa por parte de particulares no acarrearán, en principio, la responsabilidad del Estado en cuyo territorio se producen”, es posible constatar que “la Comisión ha dicho en repetidas ocasiones que los Estados tienen la obligación de hacer efectiva una política de control de los grupos que cometen actos discriminatorios, promueven el odio religioso (por ejemplo mediante la edición de escritos antisemitas), realizan actos de persecución religiosa u obstaculización del ejercicio de los derechos religiosos”, citando al respecto Comisión IDH: Argentina 1980 – Informe de país, capítulo X–C, párrafos 1–4, Comisión IDH: Informe anual 1979–1980, capítulo V: El Salvador, párrafo 4, y Comisión IDH: Informe anual 2008, capítulo IV: Venezuela, párrafos 364–367 (ARLETTAZ, Fernando: “La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en la *Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 1, año 1, 2011, Mendoza-Argentina, p.44).

⁹⁵¹ Respecto de la eficacia vertical no existe discusión alguna en torno a que este derecho vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben respetarlo y promoverlo (*Vid.* Artículo 16 CPE, en relación con artículos 9 y 53 CPE y artículo 19 núm. 6º CCh, en relación con los artículos 1 inc. 3º, 5 inc. 2º y 6 CCh).

internacionales ciertos derechos, anteriores y superiores a las obligaciones y derechos que emanan del contrato de trabajo. Eso, que hemos predicado en general respecto de los derechos fundamentales, puede ser afirmado, en particular, respecto del derecho a la libertad religiosa, del cual es titular la persona del trabajador.

Cuando hablamos de libertad religiosa y trabajo es preciso recordar que en ciertos momentos de la legislación laboral, especialmente en los iniciales, “el hecho religioso hizo acto de presencia, de manera más o menos visible e intensa, tanto en la disciplina jurídica del trabajo como en la realidad cotidiana de las organizaciones de trabajo”; sin embargo, estas intromisiones “irán progresivamente eliminándose o desvaneciéndose”⁹⁵². Con todo y contra el supuesto de que lo religioso sería del todo ajeno a las relaciones laborales, es posible constatar que religión y trabajo han dado lugar a conflictos y se presentan aspectos susceptibles de generar tensiones, a los cuales el Derecho ha debido y debe dar caminos de solución. Es decir, aunque estemos frente a derechos claramente separados y de contenido autónomo, existirán casos de fricción que exigirán una respuesta jurídica⁹⁵³.

Del contexto de desarrollo de sociedades cada vez más plurales en Occidente, que han supuesto el reconocimiento de la diversidad, no está ajeno el mundo de las empresas y el trabajo subordinado⁹⁵⁴. Es decir, también en él se produce un encuentro de personas portadoras de distintas *weltanschauungen* de origen religioso. Como hemos ya consignado, estas concepciones vitales, si bien se radican en el *forum internum*, no quedan circunscritas al mismo, sino que se manifiestan en actuaciones en conformidad a las mismas. Esta exteriorización de la libertad religiosa, en ocasiones podría entrar en conflicto con las exigencias derivadas de una relación laboral subordinada⁹⁵⁵. Este no ha

⁹⁵² VALDÉS DAL-RE: “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, p.567.

⁹⁵³ Vid. LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo: “La libertad religiosa en las relaciones laborales: factores de litigiosidad y supuestos conflictivos en clave contractual”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 28, 2012, p.338.

⁹⁵⁴ Asimismo, cuando las sociedades han estado expuestas a gravísimos y dolorosos conflictos, las divisiones y la intolerancia puede persistir por largo tiempo y manifestarse también en el mundo del trabajo. En el caso de Bosnia y Herzegovina, la Comisión del Expertos en la Aplicación de Normas de la OIT formuló, en el año 1999, una observación por el despido de obreros de las fábricas “Aluminium” y “Soko”, fundados en su ascendencia nacional o su religión, y en informe más reciente se hace cargo de denuncias sobre la persistencia de casos de violaciones flagrantes, especialmente en anuncios discriminatorios de empleo (Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones 2013, Informe III (Parte 1A)*, p.470).

⁹⁵⁵ Se ha destacado que “[e]stos potenciales conflictos, tanto más probables cuanto más se aleja la doctrina religiosa del modo de vida «occidental», se extienden desde el atuendo a utilizar en el trabajo

sido un problema relevante en aquellos países que han tenido cierta homogeneidad en materia religiosa; pero considerando el fenómeno de la globalización, la expansión del pluralismo religioso y la creciente migración internacional, está adquiriendo relevancia en buena parte de las sociedades.

Dada la pluralidad religiosa, cabe esperar de los empresarios una apertura a este fenómeno, de modo tal que pudiera considerarse en la organización productiva, en la medida que resulte viable y no se les imponga una carga excesiva, una cierta flexibilidad y capacidad de adaptación (tales como cambios en la duración o distribución de la jornada de trabajo, asignación de tareas diversas dentro de la misma empresa, tolerancia a la diversidad en materia de apariencia y uso de vestimenta), que posibilite a los trabajadores hacer compatible su actividad laboral con sus creencias religiosas. Ello envuelve una disposición al diálogo, a partir de que el propio trabajador renuncia a mantener en reserva sus creencias y las explicita, precisamente para poder manifestar y practicar su religión⁹⁵⁶. Cuando ese diálogo no se produce o, produciéndose, no da lugar a acuerdos satisfactorios para las partes, nos encontraremos con un conflicto que requerirá de criterios y medios adecuados de solución.

Es claro que el desarrollo de una normativa adecuada, que se haga cargo de este creciente contexto de pluralidad religiosa, contribuye a reducir las hipótesis de conflicto que pudieran judicializarse. En esta línea, cabe destacar en España las leyes por las que se aprobaron acuerdos de cooperación del Estado con diversas iglesias⁹⁵⁷, que han

hasta el descanso por fiestas religiosas, pasando por una variadísima gama de potenciales «cláusulas de conciencia» relativas a aspectos muy variados de la vida y de las costumbres (la alimentación y el contacto con los alimentos, las relaciones entre hombres y mujeres, la asistencia sanitaria, las prácticas de oración, etc.)” (MARTÍN VALVERDE, Antonio: “Libertad religiosa, contrato de trabajo y docencia de religión”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 138, 2008, p.310).

⁹⁵⁶Martín Valverde afirma que, junto a la del trabajador, cabe esperar la buena fe contractual del empresario frente a una solicitud de revisión de las condiciones de trabajo y, al respecto, propone algunas indicaciones: “1) el empresario no tiene, desde luego, un deber incondicional de acceder a tal solicitud de novación del contrato de trabajo; 2) el empresario sí tiene, en cambio, un deber de estudiarla; 3) en empresas de ciertas dimensiones el estudio de la solicitud puede dar lugar a la oferta pública de reajuste horario a otros trabajadores, si ello no perjudica la organización del trabajo; 4) en el caso anterior, los restantes trabajadores de la empresa o centro de trabajo son totalmente libres de aceptar o no la propuesta de reajuste; y 5) el «acuerdo entre las partes» a que se refieren las leyes citadas puede ser un acuerdo individual novatorio o un acuerdo individual con base en el cumplimiento de un pacto colectivo con la representación de los trabajadores” (MARTÍN VALVERDE, Antonio: “Libertad religiosa, contrato de trabajo...”, p.309).

⁹⁵⁷Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España; Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de

incluido normas en favor de la libertad religiosa en el ámbito laboral, a través de pactos modificatorios de la jornada de trabajo, de los descansos y festividades⁹⁵⁸. Esta existencia de un margen reconocido en la ley a las singularidades religiosas, posibilitando acuerdos entre las partes de la relación laboral que respondan a ellas, no podría ser calificada de discriminatoria⁹⁵⁹.

Enfrentar jurídicamente las hipótesis de conflicto o fricción conlleva no sólo el desarrollo normativo, sino también la capacidad de los tribunales para resolver los casos en clave iusfundamental, alejándose de concepciones que sostienen una cierta eficacia de menor vigor de los derechos fundamentales en el marco de un contrato de trabajo⁹⁶⁰. Es cierto que al empresario, a diferencia de lo que sucede con los poderes públicos, no se le impone el deber de promover los derechos, sino sólo el de respetarlos; pero ello no podría, en nuestro concepto, implicar una menor eficacia de los mismos. De esta manera, aquel resultaría plenamente vinculado por el derecho a la libertad religiosa del trabajador. En esta línea resulta de interés revisar y enjuiciar críticamente los criterios de solución utilizados, en el sentido de apreciar si ellos efectivamente se orientan a

España, y Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

⁹⁵⁸ Para los fieles de la Unión de Iglesias Adventistas del Séptimo Día y de otras Iglesias evangélicas, pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, cuyo día de precepto sea el sábado, el descanso laboral semanal, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12.1 de la Ley 24/1992, podrá comprender, siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el Estatuto de los Trabajadores como regla general.

Para las comunidades israelitas el artículo 12.1 de la Ley 25/1992 dispone que el descanso laboral semanal pueda comprender, previo acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que se establece en el Estatuto de los Trabajadores como regla general. Por su parte, el artículo 12.2 permite sustituir, siempre que medie acuerdo entre las partes, festividades que según la Ley y la tradición judías, tienen el carácter de religiosas, a las establecidas con carácter general por el Estatuto de los Trabajadores.

Respecto de la comunidad islámica, el artículo 12.1 de la Ley 26/1992, permite solicitar, previo acuerdo y con recuperación de las horas, la interrupción de su trabajo los viernes de cada semana, día de rezo colectivo obligatorio y solemne de los musulmanes, desde las trece treinta hasta las dieciséis treinta horas, así como la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol, durante el mes de ayuno (Ramadán). Mientras que el artículo 12.2 permite sustituir, siempre que medie acuerdo entre las partes, festividades y conmemoraciones que según la Ley Islámica tienen el carácter de religiosas a las establecidas con carácter general por el Estatuto de los Trabajadores.

⁹⁵⁹ Vid. MARTÍ SÁNCHEZ, José María: "Los conflictos por el uso de vestimentas religiosas en las relaciones escolares y laborales. Derecho europeo y español", en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 28, 2012, p.108.

⁹⁶⁰ Cabe tener presente, como lo recuerda Martín Valverde, que en materia laboral el método de la modulación "obliga a armonizar tales derechos fundamentales con los derechos y deberes derivados del contrato de trabajo", pero que "[a]preciada la incompatibilidad o imposibilidad total de concordancia se habrá de resolver la prevalencia del derecho fundamental" (MARTÍN VALVERDE, Antonio: "Libertad religiosa, contrato de trabajo...", p.280).

tutelar eficazmente los derechos y libertades fundamentales, en particular, la libertad religiosa.

Resulta claro que en el marco de la actividad laboral subordinada puede verse amenazada o vulnerada la libertad religiosa, entendida en sí misma como derecho fundamental autónomo; como también pueden presentarse casos de discriminación por motivos religiosos. Esas amenazas o vulneraciones podrían producirse desde fases anteriores a la contratación, al momento de contratar, durante la relación laboral o con motivo de la terminación. Aunque pueden darse separadamente, en buena parte de los casos suele concurrir la vulneración de la libertad religiosa con la discriminación basada en las creencias religiosas del trabajador.

La vertiente interna de la libertad religiosa es susceptible de verse amenazada en las frases previas o al momento de la contratación, en aquellas hipótesis en las cuales pudiera pretenderse por parte del empleador conocer la religión o creencias del trabajador, sin que este hubiese estado dispuesto a revelarla voluntariamente. También podría verse afectada cuando el empleador tome medidas desfavorables para el trabajador motivadas en la opción religiosa de éste, de la cual ha tenido conocimiento. Sin embargo, este tipo de conductas vulneradoras evidentes no suelen aparecer con frecuencia en los tiempos actuales en las sociedades democráticas.

Es un terreno de mayor fricción el relativo a la vertiente externa de la libertad religiosa, lo que sucede cuando las condiciones de trabajo o las obligaciones laborales pudieran entrar en conflicto con manifestaciones religiosas, tales como la celebración de determinadas fiestas o la existencia de días de descanso preceptivo, el cumplimiento de obligaciones rituales o la utilización de determinadas vestimentas. Se ha destacado que para estar en presencia de tal conflicto se debe tratar de mandatos imperativos de la religión del trabajador, con un contenido formal identificable, reconocible desde la perspectiva social del fenómeno religioso, ser importantes y sustanciales⁹⁶¹. La

⁹⁶¹ Vid. LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo: “La libertad religiosa...” p.350 y VALDÉS DAL-RÉ: “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, p.585.

manifestación de la libertad religiosa que ha de ampararse debe estar dotada de determinado nivel de fuerza, seriedad, coherencia e importancia^{962 963}.

Para el tratamiento de este asunto resultará de la mayor importancia distinguir dos espacios de trabajo, considerando que en ellos las tensiones que pueden producirse presentan importantes diferencias e incluso suponen la colisión entre diversos derechos o bienes constitucionalmente protegidos. Será necesario efectuar un análisis separado de lo que sucede entre religión y trabajo, por una parte, en la prestación de servicios personales a una iglesia u organización religiosa y a las instituciones que de ellas dependan y, por otra, en el trabajo en empresas religiosamente neutras. Comenzaremos con este último, que corresponde, evidentemente, a la situación general, para luego tratar las particularidades que presenta el trabajo de tendencia.

⁹⁶² Señala el TEDH en relación con la libertad de pensamiento, conciencia y religión que *“Il s'applique à des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance”* (asunto Campbell y Cosans c. Reino Unido, núm. 7511/76; 7743/76, de 25 de febrero de 1982). Con todo, al respecto es interesante consignar que, no obstante la claridad del pronunciamiento del TEDH, en las peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Bundesverwaltungsgericht (Alemania), asuntos Bundesrepublik Deutschland contra Y, C-71/11, y Z, C-99/11, el 18 de febrero de 2011, a propósito de los requisitos para ser considerado refugiado, se pregunta al TJUE si “[p]ara considerar que existe una violación grave de la libertad religiosa, ¿basta en este caso con que el solicitante considere irrenunciable para sí mismo esa práctica de las creencias con el fin de conservar su identidad religiosa? ¿o es además necesario que la comunidad religiosa a la que pertenece el solicitante considere que dicha práctica religiosa constituye un elemento esencial de su doctrina?”. Al respecto, la STJUE de 5 de septiembre de 2012, ha señalado que “[l]a circunstancia subjetiva de que la observancia de una determinada práctica religiosa en público –la cual es objeto de limitaciones que se cuestionan– reviste especial importancia para el interesado a efectos de conservar su identidad religiosa constituye un elemento pertinente en la valoración de la magnitud del riesgo al que se expondría el solicitante en su país de origen a causa de su religión, aun cuando la observancia de tal práctica religiosa no constituya un elemento central para la comunidad religiosa afectada”.

⁹⁶³ Goy destaca que cuando se invoca la religión, la CEDH *“exiged’ailleurs une «forme généralement reconnue» et ne se contente pas d’une simple allégation”*, de modo que *“[l]’individu peut donc se prévaloir d’une religion suffisamment établie ou partagée pour être constatable ou reconnaissable, comme les grandes religions”*, pero *“[i]l ne peut invoquer une religion hypothétique; un prisonnier, d’ailleurs président d’une société de sciences occultes, se disait adepte de la religion Wicca; la Commission constate qu’il n’a exposé aucun fait permettant d’établir l’existence de cette religion”, entonces, “[i]l ne peut afortiori invoquer une religion toute individuelle et intérieure, qui échappe à toute preuve”* (Vid. GOY: “La garantie européenne de la liberté de religion...”, p.189). Con todo, cabe advertir que en ningún caso esto puede entenderse en el sentido que sólo se reconozca a las grandes creencias, como señala Renucci, *“actuellement, malgré les risques, les organes de la Convention estiment que tous les groupements religieux et leurs adeptes bénéficient d’une égale garantie au regard de la Convention, la Commission n’ayant d’ailleurs jamais utilisé le terme secte”* (RENUCCI, Jean-François : *Droit européen des droits de l’homme*, L.G.D.J., Paris, 2e édition, 2001, p.115).

3.2.2.2.1. *Libertad religiosa de los trabajadores en empresas neutras*

Hemos señalado que, en principio, religión y trabajo son ámbitos autónomos, razón por la cual no debieran existir intromisiones entre ellos. Esto debiera ser aún más claro tratándose de empresas neutras; es decir, de organizaciones que no tienen una identidad o una misión de naturaleza religiosa. Tal neutralidad significaría que el empleador no debiera considerar como un factor las creencias religiosas de los trabajadores, ni al momento de la contratación, ni durante la relación de trabajo, ni con ocasión del término de la misma. Esta conducta pasiva, exigida al empleador, constituye, sin duda, una forma de protección de la libertad religiosa del trabajador, en tanto éste es libre de creer o no creer, y puede, legítimamente, esperar que tal opción no sea considerada en su relación laboral.

No obstante lo expresado en el párrafo precedente, es posible constatar, como hemos señalado anteriormente, que la libertad religiosa en ocasiones puede entrar en conflicto con las exigencias derivadas de una relación laboral subordinada. Resulta de la mayor importancia situar de manera adecuada este conflicto desde la perspectiva jurídica. Lejos de reducirlo a una dimensión meramente contractual, creemos que éste debe analizarse y resolverse en una perspectiva iusfundamental. Todo ello supondrá que ante concretos casos de conflicto habrá de recurrirse al test de proporcionalidad. Como veremos más adelante, no ha sido hasta ahora este el criterio jurisprudencial más extendido, sino que han primado visiones más bien contractualistas.

Estamos ante el ejercicio de un derecho fundamental de la persona del trabajador y su eventual limitación, tema que ya hemos abordado de manera general en este trabajo, señalando que frente a los derechos fundamentales no caben más límites que los impuestos por otros derechos fundamentales o por otros bienes constitucionalmente protegidos. Eventuales restricciones a la libertad religiosa del trabajador se podrían justificar en los derechos fundamentales del empresario, especialmente en la libertad de empresa, entre cuyas manifestaciones se reconocerían las facultades organizativas que éste detenta. También podría verse limitada en virtud de la preservación del orden público, límite que los ordenamientos constitucionales e internacionales coinciden en

explicitar⁹⁶⁴. Las normas de orden público laboral, establecidas por la legislación del trabajo, que en virtud de su carácter tutelar limitan la autonomía de la voluntad y el ejercicio de las facultades empresariales, pueden constituirse también en límites a la libertad religiosa⁹⁶⁵. Por cierto, este límite no puede aplicarse de manera mecánica; supone también un ejercicio de ponderación.

La neutralidad religiosa de la empresa, a la que hemos aludido al comenzar este apartado, se puede romper, dando lugar a conflictos, en dos líneas diversas: una consideración indebida del factor religioso en la toma de decisiones de carácter laboral o la imposición a los trabajadores de exigencias de carácter religioso al interior de la empresa.

En la primera línea de fractura de la neutralidad estaremos frente a aquellas situaciones en las que el empleador considere el factor religioso, en relación con un postulante a un puesto de trabajo o un trabajador de su dependencia, a la hora de tomar una decisión de contratación, promoción, formación o terminación de un contrato de trabajo.

Así, por ejemplo, podría vulnerar directamente la libertad religiosa si pretende obtener directa o indirectamente información respecto de la adscripción religiosa del trabajador, en tanto éste tiene derecho a mantenerla en reserva. En esta línea, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Normas de la OIT ha recordado que los órganos de control de esa organización han expresado preocupación durante muchos años en relación al impacto que la medida de incorporar una mención expresa de la religión en los pasaportes puede tener sobre la igualdad de oportunidades y trato en el empleo y la ocupación de la minorías religiosas⁹⁶⁶.

⁹⁶⁴ En idéntico sentido en España la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, dispone en su artículo 3.1 que “[e]l ejercicio de los derechos dimanantes de la Libertad Religiosa y de Culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”.

⁹⁶⁵ Se destaca como relevante la posible incidencia del ejercicio de la libertad religiosa a efectos de inobservar las normas relativas a la salud laboral, en particular respecto de la evaluación de la salud o reconocimientos médicos obligatorios (*Vid.* LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo: “La libertad religiosa...” p.358).

⁹⁶⁶ *Vid. Observación CEACR a Pakistán Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. III), adoptada en 2010 y publicada: 100ª reunión CIT (2011).*

El citado órgano de control pone de ese modo atención en que, además de desconocerse el derecho a no revelar las creencias religiosas, al evidenciar las creencias de los trabajadores se les expone a eventuales discriminaciones. Así, podría incurrir el empresario en una conducta discriminatoria si, a partir del dato religioso del trabajador, realiza actos que tengan por objeto o por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, amenazando, limitando o perjudicando sus condiciones de trabajo.

Una segunda línea de fractura de la neutralidad empresarial es la imposición a los trabajadores de exigencias de carácter religioso en el marco de la relación laboral, tales como la participación obligada en celebraciones religiosas o en actividades de adoctrinamiento religioso. En primer lugar se produce la vulneración de la libertad por la forzada inclusión del trabajador en dichos eventos, quien podría razonablemente pensar que su negativa a participar puede perjudicar su situación laboral. Pero es posible que se produzca otra vulneración, en la medida que la negativa del trabajador a participar de estas actividades sea considerada por el empleador como un incumplimiento de obligaciones laborales y se traduzca en la aplicación de sanciones al trabajador, que podrían incluir hasta la cesación en el puesto de trabajo.

En el caso de España es posible encontrar pronunciamientos del Tribunal Constitucional que se refieren a funcionarios de la administración, cuyos servicios no se encuentran regulados por el Derecho del Trabajo, pero que establecen criterios que resultan aplicables en el ámbito de una relación laboral. Concretamente se trata de casos en los cuales se impone a miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía su participación en ceremonias religiosas. Se declara en la STCE 177/1996⁹⁶⁷, de 11 de noviembre, que “el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de esa naturaleza” y “debió respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia y, por tanto, atenderse a la solicitud del actor de ser relevado del servicio, en tanto que

⁹⁶⁷ Homenaje de las Fuerzas Armadas con motivo del V Centenario de la Advocación de la Virgen de los Desamparados, en Valencia.

expresión legítima de su derecho de libertad religiosa”⁹⁶⁸. En términos similares se pronuncia la STCE 101/2004, de 2 de junio⁹⁶⁹, reconociendo al funcionario “su derecho a no participar, si ése es su deseo, en actos de contenido religioso”. Las citadas sentencias tienen en consideración la neutralidad religiosa del Estado, criterio claramente aplicable, en nuestro concepto, cuando se trate de una empresa que no tiene una identidad religiosa⁹⁷⁰.

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos encontramos el tema del proselitismo. Ya en STEDH sobre el asunto Kokkinakis c. Grecia, núm. 14307/88, de 25 de mayo de 1993, se había abordado el tema del proselitismo abusivo o impropio, a través de la utilización de beneficios materiales o sociales para ganar nuevos seguidores o el ejercicio de la presión indebida sobre las personas en peligro o necesidad⁹⁷¹. Con posterioridad, en la sentencia que recae sobre el asunto Larissis y otros c. Grecia, núm. 23372/94, 26377/94 y 26378/94, de 24 de febrero de 1998, refiriéndose al proselitismo al interior de las Fuerzas Armadas, ejercido por los superiores, el TEDH ha advertido que, dada la estructura jerárquica de estas instituciones, podría aparecer como una forma de acoso o de ejercicio de presiones desagradables, mediante el abuso de poder, por lo que sería admisible, si las circunstancias lo requieren, que los Estados adopten medidas especiales para proteger los derechos y libertades de los subordinados de las Fuerzas Armadas⁹⁷². Si bien el

⁹⁶⁸ Antes, el ATCE 551/1985, de 24 de julio, consideró que, a propósito de la celebración de un oficio religioso para la festividad de la Policía Municipal en la ciudad de Ceuta, que la libertad religiosa no quedaba afectada, en la medida en que a sus miembros no se les obligase a acudir.

⁹⁶⁹ Participación de policía en procesión de Hermandad Sacramental de Nuestro Padre Jesús El Rico, en Málaga.

⁹⁷⁰ Incluso tratándose de una empresa de tendencia podría seriamente cuestionarse este tipo de exigencias, especialmente respecto de quienes tienen roles o ejercen tareas neutras.

⁹⁷¹ Señala el párr. 48 de la sentencia: “*Il échet d’abord de distinguer le témoignage chrétien du prosélytisme abusif: le premier correspond à la vraie évangélisation qu’un rapport élaboré en 1956, dans le cadre du Conseil oecuménique des Églises, qualifie de “mission essentielle” et de “responsabilité de chaque chrétien et de chaque église”. Le second en représente la corruption ou la déformation. Il peut revêtir la forme d’“activités [offrant] des avantages matériels ou sociaux en vue d’obtenir des rattachements à [une] Église ou [exerçant] une pression abusive sur des personnes en situation de détresse ou de besoin”, selon le même rapport, voire impliquer le recours à la violence ou au “lavage de cerveau”; plus généralement, il ne s’accorde pas avec le respect dû à la liberté de pensée, de conscience et de religion d’autrui.*”

⁹⁷² Expresa el párr. 51: “*La Cour relève à cet égard que la structure hiérarchique qui constitue une caractéristique de la condition militaire peut donner une certaine coloration à tout aspect des relations entre membres des forces armées, de sorte qu’un subordonné a du mal à repousser un supérieur qui l’aborde ou à se soustraire à une conversation engagée par celui-ci. Ce qui, en milieu civil, pourrait passer pour un échange inoffensif d’idées que le destinataire est libre d’accepter ou de rejeter peut, dans le cadre de la vie militaire, être perçu comme une forme de harcèlement ou comme l’exercice de pressions de mauvais aloi par un abus de pouvoir. Il faut préciser que les discussions entre individus de*

TEDH advierte que las discusiones entre los individuos de rango desigual sobre la religión u otras cuestiones sensibles no caen dentro de esta categoría abusiva, creemos que en el marco de las relaciones laborales, caracterizadas por la subordinación y dependencia, se debe prestar particular atención al proselitismo ejercido por el empresario o los superiores jerárquicos de los trabajadores, pues podría adoptar caracteres de impropio, especialmente cuando la adhesión del trabajador a las creencias de aquellos o la falta de ella pudiera significar, respectivamente, una mejora o un perjuicio en sus condiciones de trabajo. La libertad religiosa de la persona del trabajador, especialmente cuando se trata de labores ideológicamente neutras, reclama la exclusión de lo religioso como factor en la relación laboral y respecto de las condiciones de trabajo. Más adelante revisaremos algunas hipótesis de manifestaciones religiosas y acciones de proselitismo realizadas por trabajadores en su actividad laboral en empresas neutras.

Con lo hasta ahora señalado no cabe duda que la neutralidad empresarial constituiría una garantía para el ejercicio de la libertad religiosa. Sin embargo, corresponde ahora mirar el asunto desde una perspectiva diversa, que formularemos inmediatamente: una neutralidad empresarial a ultranza, que niegue cualquier consideración al factor religioso a la hora de organizar el trabajo, podría llegar a constituirse en un serio obstáculo para el ejercicio de la libertad religiosa, especialmente en el caso de los quienes forman parte de creencias minoritarias⁹⁷³. Estamos frente a casos en los cuales las condiciones de trabajo o determinadas medidas empresariales dificultan seriamente al trabajador realizar una conducta religiosamente motivada⁹⁷⁴.

Un ejemplo paradigmático de esta situación podemos encontrarlo en la STCE 19/1985, de 13 de febrero. Se trata de una trabajadora que había sido contratada con una jornada de trabajo que incluía el día sábado y que, durante la relación laboral, se

grades inégaux sur la religion ou d'autres questions délicates ne tomberont pas toutes dans cette catégorie. Il reste que, si les circonstances l'exigent, les Etats peuvent être fondés à prendre des mesures particulières pour protéger les droits et libertés des subordonnés dans les forces armées".

⁹⁷³ Se ha puesto de relieve que el derecho comunitario no se ha referido de forma expresa "a los problemas que en el ámbito laboral se pueden plantear como consecuencia del ejercicio de la libertad religiosa individual en aspectos como los tiempos de descanso, la exigencia de una determinada apariencia al obligar a vestir un uniforme, exigir el rasurado o prohibir el velo islámico..." (CASTRO JOVER: "La tutela de la libertad religiosa en la Unión Europea...", p.108).

⁹⁷⁴ Vid. ARLETTAZ, Fernando: "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad religiosa: un análisis jurídico-político", en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 16, núm. 27, 2012, p.215.

convierte a la Iglesia Adventista del Séptimo Día. Sus nuevas creencias religiosas le exigen la inactividad laboral desde la puesta del sol del viernes a la del sábado, lo que colisiona con la jornada que había pactado. Ella, según se relata en la sentencia, “pidió el cambio de turno o una ausencia con pérdida de salario con compensación en otras horas, que la empresa no admitió, por lo que abandonó su puesto y fue despedida”. El Tribunal Constitucional resolviendo sobre el asunto señaló que la invocación de los derechos o libertades fundamentales no puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas⁹⁷⁵. Este enfoque meramente contractual ha sido cuestionado por alguna parte de la doctrina, aunque con diversos matices⁹⁷⁶. Cabe hacer presente que el artículo 6 del Convenio de la OIT núm. 106, sobre el descanso semanal⁹⁷⁷, si bien señala en el párrafo 3 que “[e]l período de descanso semanal coincidirá, siempre que sea posible, con el día de la semana consagrado al descanso por la tradición o las costumbres del país o de la región”, contempla, en su párrafo 4, que “[l]as tradiciones y las costumbres de las minorías religiosas serán respetadas, siempre que sea posible”⁹⁷⁸.

Una orientación similar a la del Tribunal Constitucional español tuvo la Comisión Europea de Derechos Humanos en el asunto Ahmad. c. Reino Unido, núm. 8160/78, decisión de 12 de marzo de 1981. En él un trabajador musulmán se ve obligado a dimitir como profesor a tiempo completo y reducir su jornada, a efectos de

⁹⁷⁵ En VALDÉS DAL-RÉ: “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, p.603, encontramos referencias a casos similares y análogas soluciones en la doctrina judicial italiana y belga. Destaca este autor, como una rara excepción, una sentencia del Tribunal Supremo de Holanda, que califica de injustificada la negativa de un empresario a conceder permiso de un día para que trabajador musulmán se ausente de su trabajo con el objeto de celebrar el término del Ramadán (*Vid. Ibídem*, p.602).

⁹⁷⁶ *Vid.*, entre otros VALDÉS DAL-RÉ: “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, p.603 y ss, quien critica “la resistencia del TC a tipificar el conflicto sometido a su conocimiento como un conflicto entre derechos de igual rango”; MARTÍN VALVERDE: “Libertad religiosa, contrato de trabajo...”, p.283 y 309, quien apunta a que “el Tribunal Constitucional optó por dar preferencia incondicionada a las obligaciones laborales, sin plantearse el enjuiciamiento del caso desde el prisma de la ejecución de buena fe de las obligaciones contractuales” y LÓPEZ AHUMADA: “La libertad religiosa...” p.361 y ss., quien destaca que “[e]n muchos casos la posición general contractualista puede no lograr el efecto de justicia deseado y supondría, con carácter general, una reducción del contenido de la libertad religiosa en el ámbito del contrato de trabajo”.

⁹⁷⁷ Cuya ratificación por España se registra el 5 mayo 1971, estando en vigor en esa época y también hoy.

⁹⁷⁸ Sobre la objeción a trabajar el día sábado por motivos de creencias religiosas, Nogueira Alcalá plantea que se debe hacer “el esfuerzo de armonizar los derechos a la libertad de creencias con la libertad de trabajo y la libertad de desarrollar actividad económica” y “en tales casos deberá respetarse la práctica y observancia de creencias religiosas, salvo que el empleador o empresario demuestre que no es posible acomodar dicha práctica y observancia religiosa sin provocar un daño o gravamen excesivo para la marcha de la empresa, de lo contrario, podrá adaptarse la jornada laboral a la libertad de creencias religiosas del trabajador y este no sea discriminado” (NOGUEIRA ALCALÁ: “La libertad de conciencia...”, p.36).

poder cumplir con sus obligaciones religiosas, dado que se le negó permiso para ir a la mezquita para la oración colectiva de los viernes, mediante la acomodación de sus horarios. Se estima que no hay vulneración de la libertad religiosa, debiendo atenderse a su situación contractual, pues inicialmente el trabajador ha acordado obligaciones docentes que le han colocado en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones religiosas. Por otra parte, la Comisión estima que tampoco ha existido una discriminación por motivos religiosos, en tanto no se ha demostrado que otros profesores que pertenecen a minorías religiosas hayan sido tratados mejor que él⁹⁷⁹. Este criterio se ha mantenido con posterioridad en situaciones similares que han afectado a trabajadores de diversas creencias. En *Konttinen c. Finlandia*, núm. 24949/94, decisión de 3 de diciembre de 1996, se concluye que el despido de un trabajador adventista, que prestaba servicios para los Ferrocarriles de Finlandia, no se había producido a causa de sus creencias religiosas, sino por negarse a cumplir con su horario de trabajo⁹⁸⁰. En la misma línea, en *Stedman c. Reino Unido*, núm. 29107/95, decisión de 9 de abril de 1997, se estima que el trabajador cristiano que presenta el recurso ha sido despedido por negarse a laborar los días domingo y no por sus creencias religiosas en sí mismas, y, además, que no hay trato discriminatorio, pues no se deduce de los hechos expuestos que se le haya tratado de manera diferente a otros empleados que no tienen las mismas creencias religiosas⁹⁸¹.

Análogo criterio se ha tenido en la sentencia de la Sala Social de la Corte de Casación de Francia en el conocido asunto *Azad c. Chamsidine*, de 24 de marzo de

⁹⁷⁹ Se señala en la decisión que: “*Le requérant évoque dans ses conclusions la situation des enfants israélites mais il n'a pas montré que d'autres enseignants appartenant à des minorités religieuses, les enseignants israélites par exemple, aient été mieux traités que lui*”.

⁹⁸⁰ Señala la decisión: “*Dans les circonstances particulières de la cause, la Commission estime que le requérant n'a pas été révoqué en raison de ses convictions religieuses, mais pour avoir refusé de respecter ses horaires de travail. Ce refus, bien que motivé par ses convictions religieuses, ne saurait être considéré comme relevant en soi de la protection de l'article 9 par 1. Le requérant n'a pas non plus démontré avoir subi des pressions visant à le faire changer de conviction religieuse, ou avoir été empêché de manifester sa religion ou sa conviction*”. Agrega la Comisión que “*observe en outre qu'après avoir constaté que ses horaires de travail étaient incompatibles avec ses convictions religieuses, le requérant était libre de quitter son emploi. Pour la Commission, cette possibilité est la garantie fondamentale de son droit à la liberté de religion*”. No podemos compartir esta última observación, pues se coloca al trabajador en la posición de tener que escoger entre derechos fundamentales, en lugar de examinar la proporcionalidad la medida.

⁹⁸¹ Se señala en el texto de la decisión: “*Il ressort des faits de la cause que la requérante a été licenciée pour avoir refusé de travailler le dimanche. Ce renvoi n'était pas motivé par ses convictions religieuses en elles-mêmes, mais par son refus de signer un contrat stipulant certaines conditions (travailler le dimanche) qu'elle refusait. Par ailleurs, il ne ressort pas des faits, tels qu'exposés par la requérante, qu'elle a été traitée différemment, de quelque façon que ce soit, d'autres employés n'ayant pas les mêmes convictions religieuses. Dès lors, la Commission ne constate aucune apparence de traitement discriminatoire à l'égard de la requérante*”.

1998. Este caso no se refiere a los horarios de trabajo ni a los días de descanso, sino a las prestaciones que debe realizar el trabajador en virtud de su contrato y el eventual conflicto de dichas actividades con sus creencias religiosas. Se trata de un trabajador musulmán que desempeñaba sus funciones en una carnicería y que, enterado de que su trabajo implica manipular carne de cerdo, solicita ser asignado a otras tareas, en atención a que esta situación no era compatible con su religión. En la sentencia se sostiene que, si bien el empleador debe respetar las creencias religiosas de sus empleados, ellas, salvo cláusula expresa, no entran en el ámbito del contrato de trabajo, de modo que él no comete falta alguna al pedir al trabajador realizar la tarea para la que fue contratado⁹⁸².

Con la utilización de criterios meramente contractualistas a la hora de resolver los conflictos que puedan presentarse entre las condiciones de trabajo y el ejercicio de la libertad religiosa, se puede producir un serio desconocimiento del carácter de derecho fundamental de esta última. Desde la perspectiva contractualista las condiciones de trabajo son fruto de pactos de voluntades individuales y colectivas, expresadas libremente en el marco de un ordenamiento legal laboral, de modo tal que no cabría imponer al empresario la atención a las creencias religiosas de sus trabajadores – anteriores o sobrevenidas durante la relación laboral- a la hora de organizar el trabajo, de modo que éste podría legítimamente prescindir de tales consideraciones. Frente a esa perspectiva, coincidimos en reafirmar que “la libertad contractual no puede erigirse ni en cauce obligado de configuración de los derechos fundamentales ni en canon de valoración de su ejercicio”⁹⁸³.

La combinación de neutralidad empresarial a ultranza y solución meramente contractualista de los conflictos entre condiciones de trabajo y libertad religiosa se opone a la concepción misma de los derechos fundamentales e impone límites inaceptables a un derecho que ha sido ampliamente reconocido por instrumentos internacionales y por nuestras constituciones. Si en las sociedades democráticas se ha avanzado en valorar y proteger el pluralismo religioso, ello no puede limitarse al sólo

⁹⁸² Dice la sentencia que si el empleador “*est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci, sauf clause expresse, n’entrent pas dans le cadre du contrat de travail et l’employeur ne commet aucun faute en demandant au salarié d’exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l’instant que celle- n’est pas contraire à une disposition d’ordre public*” (citada en BENELBAZ, Clément : *Le principe de laïcité en droit public français*, L’Harmattan , Paris, 2011, p.353.).

⁹⁸³ VALDÉS DAL-RE: “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, p.605.

reconocimiento pasivo de la diversidad, sino que se debe también permitir efectivamente la práctica religiosa y ello implica que “el pluralismo religioso no puede ser tratado como un mero problema de intercambios contractuales”⁹⁸⁴.

Frente a los derechos fundamentales no caben más límites que los impuestos por otros derechos fundamentales o por otros bienes constitucionalmente protegidos. Desde una perspectiva iusfundamental, lo que corresponderá ante un conflicto entre condiciones de trabajo y libertad religiosa es -en tanto se entienda que aquellas han sido determinadas al amparo de la libertad de empresa- efectuar un juicio de proporcionalidad, que determine si la medida empresarial es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

No se trata de imponer al empresario la obligación de someter su organización del trabajo a todos y cada uno de los requerimientos de los trabajadores basados en su práctica religiosa, sino que, frente mandatos imperativos, importantes y sustanciales de la misma, parece razonable que él tome medidas proporcionadas de adaptación en las condiciones de trabajo⁹⁸⁵. En este mismo sentido cabe poner atención a ciertas situaciones aparentemente neutras, pero que pudieran traducirse en casos de discriminación indirecta en razón de la religión⁹⁸⁶.

Un matiz algo diferente presenta la STEDH en el asunto Eweida y otros c. Reino Unido, núms. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, de 15 de enero de 2013⁹⁸⁷.

⁹⁸⁴ *Ibidem*, p.606.

⁹⁸⁵ La OIT ha destacado en esta línea que “la Comisión de Igualdad y Derechos Humanos del Reino Unido ha publicado para empleadores y trabajadores una serie de guías explicativas de la Ley sobre Igualdad, de 2010”, en el cual “[l]as pautas correspondientes se refieren a los códigos de vestimenta, con hincapié en la necesidad de ofrecer una justificación objetiva para su aplicación”, además “explican que la Ley sobre Igualdad no exige prever ajustes razonables para la práctica religiosa, pero que si un empleador concediese el tiempo libre para la práctica religiosa a algunos trabajadores, deberá concederlo también a los trabajadores de todas las demás religiones” (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*, p.46).

⁹⁸⁶ Un ejemplo interesante se plantea respecto de la fijación de exámenes en el marco de la postulación a un empleo en fechas correspondientes a festividades religiosas, que impedirían participar a los integrantes de las respectivas religiones. Si bien en la STJUE, asunto Vivien Prais c. Consejo de las Comunidades Europeas, C-130-75, de 27 de octubre de 1976, se rechazó la pretensión de una postulante de religión judía, impedida de realizar las pruebas de selección por haber sido fijadas en una fecha correspondiente a la fiesta del *Chavouth*, durante la cual le está prohibido viajar y escribir, esto se hizo por algunas circunstancias de ese proceso en concreto. Sin embargo, se hizo presente que la organización “*est tenue de prendre toutes mesures raisonnables en vue d'éviter d'organiser des épreuves a une date a laquelle les convictions religieuses d'un candidat empêcheraient celui-ci de se présenter*”.

⁹⁸⁷ Se acumulan cuatro asuntos, dos de los cuales revisaremos ahora y los restantes más adelante

Los casos de la señora Ladele y señor McFarlane se refieren a trabajadores que en razón sus convicciones religiosas presentan dificultades para atender asuntos relacionados con parejas homosexuales. En el primer caso se trata de una funcionaria del registro de nacimientos, defunciones y matrimonios que, por decisión de la autoridad local, debe efectuar el registro legal de las uniones civiles entre dos personas del mismo sexo, la que, ante su oposición, es objeto de medidas disciplinarias. El segundo es un profesional que trabaja para una organización privada que proporciona servicios de asesoramiento sexual confidencial, que manifiesta un conflicto entre sus creencias religiosas y la terapia psico-sexual con parejas del mismo sexo, lo que le hace perder la confianza de su empleador, que le despide. En ambos casos el TEDH descarta la violación al artículo 9, pues se concede a las autoridades nacionales un amplio margen de apreciación, al tratarse de un equilibrio entre derechos contrapuestos, para situar la balanza entre el derecho a manifestar sus creencias religiosas y el interés de la autoridad local o el empleador, respectivamente, en asegurar los derechos de los terceros.

Si bien en muchos países se dispone de leyes que protegen la libertad religiosa de los trabajadores, la OIT ha destacado que sólo “en algunos países, como el Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelandia y Perú, los empleadores están obligados a dar acomodo a las prácticas y las creencias religiosas de sus empleados”⁹⁸⁸.

Como apunta Bronstein, “los tribunales de Canadá mantienen que la libertad de religión «incluye el derecho a observar las prácticas esenciales que demandan los principios de la religión de cada uno», y que “[c]uando una regla impuesta por el empleador o un término o condición de empleo que figura en el convenio colectivo, aparentemente neutral, afecta negativamente a un empleado por razón de sus creencia religiosas, «el empleador y el sindicato, en la medida de sus respectivas responsabilidades, serán requeridos para acomodar a dicho individuo»”⁹⁸⁹.

⁹⁸⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*, p.45.

⁹⁸⁹ BRONSTEIN: *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo*, p.180. Al respecto cita: Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin, [1994] 2 S.C.R. 525 (<http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/1155/index.do>); Re R. a Videoflicks Ltd, [1984] 9 C.C.R. 193; OPSEU (Kimmel/Leaf) and The Crown in Right of Ontario (Ministry of Government Services), [1991] (Kaplan); Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud, [1992] 2 S.C.R. 970 (<http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/910/index.do>).

Valdés Dal-Ré nos recuerda, en el caso de los Estados Unidos, las primeras regulaciones de la *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), cuyos conceptos básicos serían posteriormente incorporados a la legislación: tratamiento dispar y falta de acomodación o de adaptación. Este autor identifica los criterios jurisprudenciales respecto de la noción de acomodación razonable: se exige al trabajador “ofrecer unos indicios encaminados a acreditar los siguientes tres hechos: a) tener una creencia religiosa de buena fe, que entra en conflicto con las obligaciones contractuales; b) haber informado al empresario sobre dicha creencia, y c) haber sido sancionado por negarse a cumplir las obligaciones derivadas del contrato”, y ante ello, “al empresario le corresponde demostrar que no cabe una *reasonable accommodation* sin incurrir en *undue hardship*”⁹⁹⁰. Entiende Valdés Dal-Ré que, de acuerdo a esta jurisprudencia, “la acomodación razonable se convierte en una acomodación mínima, ya que el empresario no debe soportar unos costes, económicos y extraeconómicos, superiores al *de minimis*”⁹⁹¹.

El Tribunal Constitucional de Perú, en sentencia del caso expediente núm. 0895-2001, Lambayeque Lucio Valentín Rosado Adanaque, de 19 de agosto de 2002⁹⁹², se pronuncia frente a la reorganización por parte del empleador de los turnos de trabajo, afectando a un trabajador de religión adventista, para el que el cambio significaría trabajar los días sábado, lo que entra en contradicción con las exigencias de su religión. Se sostiene por el Tribunal que, “en atención a su carácter de derecho fundamental, derivado del principio de dignidad humana, para que se realizara tal cambio era preciso que se observara un mínimo de razonabilidad en los fundamentos del cambio”, y, en este caso, “estima que éste es irrazonable y desproporcionado”. Califica las “razones de necesidad institucional”, alegadas por el empleador, como “ambiguas e insuficientes” y afirma que “la empresa no ha aportado razones objetivas que permitan concluir que el cambio en la programación laboral obedezca a intereses superiores de la institución hospitalaria compatibles con el sacrificio del derecho del recurrente”.

⁹⁹⁰ VALDÉS DAL-RÉ: “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, p.600.

⁹⁹¹ *Ibidem*. Cita el mencionado autor la respectiva jurisprudencia, donde destaca como caso decisivo *Trans World Airlines c. Hardison*, 433 US 63, 1977 (<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/432/63/>), referido a la acomodación del descanso semanal al deber religioso del *sabbath*.

⁹⁹² Disponible [en línea] en :http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php.

Cabe destacar una sentencia en España que, apartándose de la tendencia mayoritaria en este país, resuelve en clave constitucional un conflicto entre la libertad religiosa de un trabajador y las exigencias del empresario en uso de sus facultades organizativas. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, STSJ) de Baleares núm. 958/2002, de 9 de septiembre de 2002, se pronuncia sobre el uso de la gorra denominada *kippa* por un trabajador practicante de la religión judía, la cual, según su empleador, no forma parte del uniforme de la empresa, mientras que para quienes son seguidores de aquella creencia se considera necesario tener siempre cubierta la cabeza en señal de respeto a la divinidad. El tribunal afirma que “no existen derechos ilimitados, y el derecho de la empresa a imponer a sus empleados el uso de un determinado uniforme cabe por ello que ceda si colisiona con un derecho al que deba atribuirse rango preponderante” y que “si ni la actividad laboral ni los intereses empresariales sufren en absoluto, no se ve razón atendible que justifique en derecho una decisión de la empresa, rayana, pues, en el autoritarismo, que hiere, sin provecho para sí, los sentimientos religiosos de uno de sus empleados constitucionalmente tutelados”. La sentencia es clara en señalar que un conflicto de las características como este “no admite una solución única”, habrá de atenderse a las circunstancias que concurran en cada situación concreta, “ponderando hasta qué punto el comportamiento del trabajador a que le obligan sus convicciones religiosas resulta inocuo para los intereses de la empresa o, por el contrario, incompatible con ellos”.

En el marco del trabajo en empresas neutras nos resta referirnos a eventuales limitaciones a las manifestaciones religiosas de los trabajadores por entrar estas en conflicto no ya solamente con derechos fundamentales del empleador, sino con los de terceros. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de un profesor que fue despedido por difundir sus ideas religiosas en un establecimiento educacional no confesional, el cual, en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, fue objeto de una decisión de inadmisibilidad por la Comisión (Asunto X. c. Reino Unido, núm. 8010/77, decisión de 1 de marzo de 1979). Se estimó que los maestros en escuelas no confesionales deben respetar el derecho de los padres en relación con sus creencias religiosas y filosóficas en la educación sus hijos y que, por tanto, la interferencia sufrida por la demandante en el ejercicio de su libertad -a través de la instrucción dada por el director de la escuela, en orden a no hacer publicidad dentro de la misma a favor de sus convicciones políticas,

morales o religiosas- está justificada por ser necesaria en una sociedad democrática para la protección de los derechos de los demás⁹⁹³.

En similar sentido, el TEDH, en el asunto Dahlab c. Suiza, núm. 42393/98, decisión de 15 de febrero de 2001, estimó que la prohibición de llevar el velo islámico, que se impone a una profesora de niños pequeños durante su actividad laboral con ellos, atendiendo a las circunstancias del caso, es necesaria en una sociedad democrática. En esta decisión se tiene en cuenta el principio de neutralidad confesional de la enseñanza, contenido en la Constitución cantonal de Ginebra⁹⁹⁴. Se consideró el uso del velo como un signo exterior fuerte y que puede tener impacto en niños de corta edad.

La utilización de signos y símbolos religiosos, especialmente en el ámbito público, frente al principio de neutralidad estatal ha suscitado un importante debate en Europa en los últimos años^{995 996}. Ha sido especialmente conflictivo el uso de

⁹⁹³ Señala la decisión: *“La Commission est d’avis que cette instruction constitue une ingérence dans l’exercice de la liberté d’expression du requérant. Toutefois, elle estime que les enseignants, dans les écoles non confessionnelles, doivent tenir compte des droits des parents de façon à respecter leurs convictions religieuses et philosophiques dans l’éducation de leurs enfants. Cette exigence revêt une importance particulière dans une école non confessionnelle, où la législation en vigueur prévoit que les parents peuvent demander que leurs enfants soient dispensés des cours d’instruction religieuse et en outre que l’instruction religieuse donnée, quelle qu’elle soit, ne comporte « aucun catéchisme ou recueil de formules caractéristiques d’une confession religieuse particulière » (voir la loi de 1944 sur l’éducation, articles 25 et 26) »*”.

⁹⁹⁴ Concluye el tribunal que *“en mettant en balance le droit de l’instituteur de manifester sa religion et la protection de l’élève à travers la sauvegarde de la paix religieuse, la Cour estime que dans les circonstances données et vu surtout le bas âge des enfants dont la requérante avait la charge en tant que représentante de l’Etat, les autorités genevoises n’ont pas outrepassé leur marge d’appréciation et que donc la mesure qu’elles ont prise n’était pas déraisonnable”*.

⁹⁹⁵ En el asunto Lautsi c. Italia, núm. 30814/06, la sentencia de la Gran Sala de 18 de marzo de 2011, que revisó lo resuelto por la Sala de la Segunda Sección, en sentencia de 3 de noviembre 2009, se pronunció respecto del uso de crucifijos en las escuelas públicas, rechazando su prohibición, bajo el entendido de que *“le crucifix apposé sur un mur est un symbole essentiellement passif”*. Agrega la sentencia que *“[o]n ne saurait notamment lui attribuer une influence sur les élèves comparable à celle que peut avoir un discours didactique ou la participation à des activités religieuses”*. Se tiene en consideración que *“cette présence n’est pas associée à un enseignement obligatoire du christianisme”* y que *“selon les indications du Gouvernement, l’Italie ouvre parallèlement l’espace scolaire à d’autres religions”*.

Varios autores han cuestionado los criterios del TEDH al resolver cuestiones religiosas, reclamando que, de algún modo, se da un trato privilegiado a las iglesias más poderosas (Vid., entre otros, ARLETTAZ: “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad religiosa...”, pp.230-235 y MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: “La libertad religiosa en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, N° 26, 2010, p.289).

⁹⁹⁶ En la jurisprudencia española sobre símbolos religiosos y vestimentas se detecta cierta sintonía con los criterios del TEDH para los casos Dahlab c. Suiza y Lautsi c. Italia. Al respecto se cita la STSJ de Madrid núm. 405/2011, de 20 de mayo, sobre el Cristo en el castillo musulmán de Monteagudo, y la STSJ de Cataluña núm. 489/2011, de 7 de junio, sobre la prohibición del Ayuntamiento de Lleida del acceso a locales de uso público llevando velo integral (Vid. GARCÍA AÑÓN y BORGES BLÁZQUEZ: “Artículo 10. La libertad de pensamiento...”, p.222). Sin embargo, la STS núm. 693/2013, recurso 4118/2011, de 14 de febrero de 2013, declaró la ordenanza del Ayuntamiento de LLeida como vulneradora de la libertad

determinadas vestimentas⁹⁹⁷, particularmente la utilización del velo islámico, en sus distintas versiones y denominaciones^{998 999}. Mientras por una parte podría sostenerse que el uso de determinada vestimenta constituye una manifestación o expresión religiosa, amparada por la libertad de creencia, se ha cuestionado la utilización por parte de funcionarios públicos por afectar la neutralidad estatal o en otros espacios

religiosa, afirmando “[l]a insuperable exigencia constitucional de la necesidad de la ley para limitar el ejercicio del derecho fundamental”.

⁹⁹⁷ Sobre la jurisprudencia en materia laboral relativa a la utilización de vestimentas en signos religiosos en Alemania, Francia, Reino Unido e Italia, *vid.* MARTÍ SÁNCHEZ: “Los conflictos por el uso de vestimentas religiosas...”, p.133-136.

⁹⁹⁸ La OIT ha manifestado su preocupación sobre el impacto que podría tener en las oportunidades de empleo de hombres y mujeres la ley francesa núm. 65, de 17 de marzo de 2004, y su circular de ejecución, de 18 de mayo de 2004, que prohíben el uso, en las escuelas, colegios y liceos públicos, de cualquier signo o vestimenta mediante los cuales los alumnos manifiestan de manera ostensible su pertenencia religiosa, bajo la pena de imponerles una sanción disciplinaria que puede llegar hasta la expulsión de esos establecimientos. La Comisión de Expertos ha pedido al Gobierno francés que garantice que la aplicación de esta ley “no tenga como consecuencia la disminución de las oportunidades de las mujeres para encontrar un empleo en el futuro”.

También ha solicitado la Comisión de Expertos que respecto de la ley núm. 2010-1192 se garantice que su aplicación “no tenga como consecuencia impedir que las jóvenes de religión musulmana que utilizan el velo integral puedan encontrar y ejercer un empleo” (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones 2013, Informe III (Parte 1A)*, p.516). La preocupación es que distinciones religiosas tengan impacto también en materia de discriminación de género. Por su parte, la STEDH, asunto S.A.S. c. Francia, núm. 43835/11, de 1 de julio de 2014, se pronuncia avalando esta ley francesa que prohíbe vestir el velo integral en público en respuesta al proceso iniciado por una joven francesa que defiende el uso el *burka* y el *niqab*. En esta sentencia el TEDH, apartándose de la opinión de diversas organizaciones internacionales y de instituciones de derechos humanos, señala que la decisión acerca de esta prohibición corresponde a la sociedad respectiva, y que para el Estado francés corresponde a “*une pratique qu’il juge incompatible, dans la société française, avec les modalités de la communication sociale et, plus largement, du «vivre ensemble»*”, agregando que “[d]ans cette perspective, l’État défendeur entend protéger une modalité d’interaction entre les individus, essentielle à ses yeux pour l’expression non seulement du pluralisme, mais aussi de la tolérance et de l’esprit d’ouverture, sans lesquels il n’y a pas de société démocratique”. *Vid.* OLMEDO PALACIOS, Manuel: “La sentencia del TEDH en el asunto S.A.S. c. Francia [GC], núm. 43835/2011, ECHR 2014, sobre la prohibición del velo integral en lugares públicos”, en *Diario La Ley*, N° 8363, 2014.

Ya antes la Comisión de Expertos ha expresado, por una parte, su preocupación “sobre los efectos de las exigencias del código vestimentario que imponen la utilización de pañuelos u otra vestimenta determinada para todas las funcionarias públicas”, como también “por los requerimientos que prohíben a todos vestirse de conformidad con sus exigencias religiosas, en particular cuando el llevar pañuelos, por ejemplo, de ningún modo menoscaba su capacidad para desempeñar las tareas exigidas en un empleo u ocupación específicos” (*Observación CEACR a Turquía, Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)*, 1958 (núm. 111), adoptada en 2000 y publicada en 89ª reunión CIT, 2001).

⁹⁹⁹ Respecto de conflictos por el uso del velo islámico en Chile, podemos mencionar la SCA de Santiago, recurso de protección I.C. 4670-2010, de 31 de mayo de 2011, confirmada por SCSCCh rol N° 6366-2011, de 15 de septiembre de 2011. Se trata de una mujer que concurre a la caja de un banco a cobrar un cheque y a la cual el cajero, para proceder al pago, le obliga a quitarse el velo islámico que lleva y que cubre su cabello, cuello y el contorno de su rostro. Los tribunales rechazaron el recurso, argumentando que se trata de un “acto puntual y falto de cuidado de funcionarios específicos, obrando más allá de lo estatuido por la recurrida, con un sentido del deber exacerbado”. El ministro Cerda, de la Corte de Apelaciones, estuvo por otorgar el amparo y aporta un interesante voto de minoría que destaca “[l]a mujer que en una realidad como la chilena se desplaza públicamente con *hiyab*, explícita con orgullo su pertenencia a lo que juzga más propio, a saber, la civilización islámica”, junto con concluir que “no ha existido y no existe razón para haber obligado a la recurrente a retirar el *hiyab* como única manera de asegurar su identificación”.

caracterizados también por su neutralidad¹⁰⁰⁰. Particularmente, en el caso del velo islámico se agrega, desde una comprensión cultural occidental, que él es un símbolo de opresión de las mujeres, junto con argumentarse razones de seguridad para justificar su prohibición¹⁰⁰¹.

Algo similar ha sucedido con la exigencia del uso de turbantes a los seguidores de la religión Sij, pues se han estimado admisibles ciertas limitaciones en razón de la seguridad o la salud. En el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el asunto X. c. Reino Unido, núm. 7992/77, decisión de 12 de julio de 1978, se refiere a un sij practicante, multado por incumplimiento del requisito para los motociclistas de usar casco, quien argumentó que su religión le obligaba a usar un turbante, por lo que era imposible usar un casco, y se consideró que cualquier interferencia que el solicitante puede haber sufrido como consecuencia del ejercicio de su derecho a la libertad de religión fue justificada por la protección de la salud. De su lado, el asunto Phull c. Francia, núm. 35753/03, decisión de 11 de enero de 2005, se refiere a la exigencia de quitarse el turbante en un control de seguridad de un aeropuerto, y se entiende que los controles son necesarios para la seguridad pública y la forma de su aplicación, en este caso, puede acogerse a la discreción del Estado demandado^{1002 1003}. Si bien ninguno de estos asuntos se da en el ámbito laboral, en el evento que se dieran en él, habrían de ser analizados precisamente desde la tensión entre el derecho fundamental de libertad

¹⁰⁰⁰ Vid. SSTEDH, asuntos Leyla Sahin c. Turquía, núm. 44774/98, de 10 de noviembre de 2005, sobre uso de velo por estudiante en una universidad y Dogru c. Francia, núm. 27058/05, de 4 de diciembre de 2008, sobre la utilización del velo durante la clase de educación física en un colegio.

¹⁰⁰¹ Así por ejemplo, la Comisión Europea ante una pregunta del Parlamento Europeo sobre el uso del *burka* o el velo en las dependencias oficiales de la UE ha señalado: “Los guardias de seguridad de la Comisión deben poder verificar si la apariencia física de la persona que pretende entrar corresponde a la fotografía del carnet de identidad o de otro documento de identificación. Si el modo de vestir de una persona esconde todos los rasgos de identificación, especialmente el rostro, no puede efectuarse un control de seguridad adecuado. En tales casos podía denegarse el acceso a los edificios de la Comisión, previa una evaluación de la proporcionalidad que tenga en cuenta la libertad de religión, la no discriminación y la necesidad de garantizar la seguridad de los funcionarios, visitantes y huéspedes de la Comisión” (COMISIÓN EUROPEA: *Informe sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE 2010*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011, p.34).

¹⁰⁰² Igualmente fundándose en la seguridad se resuelven el asunto El Morsli c. Francia, núm. 15585/06, decisión de 4 de marzo de 2008, sobre uso de velo en oficinas consulares francesas y el asunto Mann Singh, núm. 24479/07, de 13 de noviembre de 2008, sobre la exigencia de fotografía sin turbante para licencia de conducir.

¹⁰⁰³ En Chile, la SCA de Punta Arenas, en causa rol 72-2008, de 10 noviembre de 2008, se refiere a la propia imagen, vinculada a la pertenencia a un movimiento que tiene una determinada concepción vital. El fallo, argumentando razones sanitarias y de seguridad, estimó que no constituye un atentado a la libertad de conciencia “[l]a orden de cortarse el pelo impuesta al interno de un centro penitenciario, así como las sanciones por su no acatamiento”, que buscaban impedir “la utilización por parte del interno de trenzas o rulos de cabello apelmazado, más o menos largos, propios de los miembros del movimiento, culto o creencia «rastafari»

religiosa y los límites que provendrían desde las exigencias derivadas de la salud y la seguridad.

En la citada STEDH en el asunto Eweida y otros c. Reino Unido, núms. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, de 15 de enero de 2013, existe también un pronunciamiento acerca de la situación de dos trabajadoras que reclaman acerca de las limitaciones impuestas por las empresas donde laboran (una línea aérea y un hospital, respectivamente) para llevar una cruz visible alrededor del cuello, alegando que la legislación interna no protege adecuadamente su derecho a manifestar su religión¹⁰⁰⁴. El TEDH declara que en el caso de la primera demandante ha habido violación del artículo 9 del Convenio, lo que no ha sucedido respecto a la segunda demandante, pues en este último caso, se consideró que la razón para solicitarle que se la quitara, a saber, la protección de la salud y seguridad en una sala de hospital, era, en esencia, de una magnitud mayor, determinando que las medidas del hospital no fueron desproporcionadas.

3.2.2.2.2. *El trabajo ideológico*

Históricamente fue importante punto de conflicto entre religión y trabajo la determinación de la naturaleza de la relación existente entre las iglesias o las congregaciones religiosas y quienes trabajaban para ellas, lo que resultaba clave para la determinación del régimen jurídico aplicable a dichas relaciones. De ello se ha preocupado tanto el Derecho Eclesiástico como el Derecho del Trabajo.

¹⁰⁰⁴ En el primer caso, la trabajadora se desempeña en una línea aérea que en su normativa sobre uso de uniforme establecía que cualquier accesorio o prenda de vestir que el empleado, por motivos religiosos, esté obligado a llevar, debe en todo momento estar cubierto por el uniforme, salvo autorización de su jefatura en casos especiales y con ciertas condiciones. La señora Eweida decidió empezar a llevar la cruz a la vista, como un signo de su compromiso con su fe, pero ante el requerimiento de su jefatura accedía a ocultarla, hasta que un día se negó a quitarse o esconder la cruz y fue enviada a casa sin sueldo. La empresa unos meses después cambió la política y autorizó el uso de estos símbolos. Ella se reincorporó y demandó por el tiempo que estuvo suspendida y sin remuneraciones.

Por su parte la señora Chaplin es una enfermera, que trabajaba en la unidad geriátrica de un hospital estatal, y en este centro existía normativa relativa sobre uniformes que disponía que cualquier miembro del personal que desee usar determinado tipo de ropa o joyas por razones religiosas o culturales deberá plantearlo ante su superior jerárquico, que no denegará su aprobación de manera injustificada. Ella solicitó autorización para usar una cruz, el cual era un símbolo religioso, solicitud que le fue denegada debido a que el accesorio podía provocar lesiones si un paciente. Ante su insistencia en utilizarlo, fue trasladada a un puesto de trabajo provisional de no enfermería.

Respecto de lo que podríamos denominar como personal estrictamente religioso, es decir, los ministros del culto y los consagrados, y en relación a las tareas propias en tal carácter, ha existido un amplio consenso en estimar que no existe entre ellos y las respectivas iglesias o congregaciones una relación de carácter laboral, en tanto estos servicios se prestan *religionis causa*. Creemos que esta solución se extiende razonablemente a quienes, no siendo ministros o religiosos, pudieran colaborar en las actividades culto o de la propagación de la respectiva fe, en virtud de la misma causa. Puede considerarse, por ejemplo, la situación de los participantes del coro de una iglesia o la de laicos que participan como misioneros. Ello no obsta a que, eventualmente, pudiera acordarse una relación de carácter laboral, en cuyo caso, como es obvio, no estaría en discusión la naturaleza de la misma.

Un terreno algo más conflictivo, que ha dado lugar a distintas soluciones, ha sido la relativa a los servicios que se prestan para las iglesias u organizaciones religiosas en actividades no estrictamente religiosas. Aunque evidentemente pueden existir matices que diferencien en este ámbito la situación del personal estrictamente religioso y la de los fieles que colaboren con ellas¹⁰⁰⁵, entendemos que en ambas situaciones habrá que atender a las circunstancias del caso en concreto para determinar si estamos frente a una relación laboral o si los servicios, aunque no estrictamente religiosos, pudieran tener una motivación o ser expresión de un compromiso religioso y no constituir un trabajo subordinado regulado por el derecho laboral.

La STCE 63/1994, de 28 de febrero, precisamente se refiere a los servicios de una religiosa como docente, a fin de determinar en qué medida la relación con su Comunidad permite excluirla del vínculo laboral y, consecuentemente, de la protección que otorgaba el Estado por medio de la Seguridad Social. Por su parte, la STCE 128/2001, de 4 de junio, se pronuncia sobre la calidad de trabajadora por cuenta ajena, a efecto de la determinación del régimen de cotización a la Seguridad Social aplicable a una persona que presta sus servicios como ayudante de cocina en un Seminario de la

¹⁰⁰⁵ Piénsese en el caso de los jóvenes que participan como voluntarios en obras sociales de las organizaciones religiosas (*Vid.* Dictamen DT Chile, Ord. N° 0058/001, de 7 de enero de 2010). Aunque tales actividades no estén destinadas a la propagación de un culto ni, en principio, tengan una función proselitista, su ejecución por quienes la realizan obedece a un compromiso derivado de su fe y no a la existencia de una relación laboral. Ello, evidentemente, no es obstáculo para que en tales obras pudieran también existir trabajadores que presten servicios en virtud de un contrato de trabajo, respecto de los cuales aquellas tendrán todas las obligaciones propias del empresario.

Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día de España, teniendo la cualificación de misionera autorizada. En el primer caso se determina que los servicios no son laborales, por tanto en la época que se prestaron no daban lugar a la protección de la Seguridad Social; y en el segundo se concluye que, existiendo una relación laboral y no dedicándose esa persona de forma estable y exclusiva a las funciones de culto, asistencia religiosa o formación religiosa, no corresponde la aplicación del régimen especial de cotización para los ministros de culto.

Evidentemente, en la medida que concurren los caracteres propios de un contrato de trabajo¹⁰⁰⁶ deberán gozar de la total protección del Derecho Laboral y no corresponde *a priori* descartar la laboralidad de los servicios prestados por ministros y religiosos en actividades no estrictamente religiosas, especialmente cuando estos se prestan a terceros, pues hay que considerar, como lo ha repetido el Tribunal Constitucional español, en concordancia con la jurisprudencia ordinaria, “la irrelevancia de la condición religiosa de la persona que ejerce una actividad profesional ajena a su status, con respecto de la configuración de un vínculo jurídico laboral” (STCE 63/1994, de 28 de febrero).

Con todo, este tradicional foco de fricción en España en lo que respecta a ministros de culto y religiosos se ha desactivado, en buena medida, gracias a la protección mediante la seguridad social que la legislación les ha otorgado¹⁰⁰⁷. En la práctica, no se detectan en los últimos años requerimientos ante los tribunales en orden a calificar la naturaleza laboral de los servicios prestados. Los conflictos, luego de la incorporación de ministros y religiosos a la Seguridad Social, en un período de transición, se han reducido más bien a determinar las actividades consideradas a éstos efectos y el alcance de la protección¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁶ Si se trata de servicios personales, bajo subordinación o dependencia, voluntarios, retribuidos y por cuenta ajena (*Vid.* Artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores de España y artículo 7º del Código del Trabajo de Chile).

¹⁰⁰⁷ *Vid.* VALDÉS DAL-RÉ: “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, p.569. Consigna este autor la integración a la seguridad social, con algunos matices, del clero diocesano de la Iglesia Católica (RD 2398/1977, de 27 de agosto), los religiosos y religiosas de la misma iglesia (RD 3325/1981, de 20 de diciembre), los ministros de culto de la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas (OM de 2 de marzo de 1987), de las confesiones evangélicas (Ley 24/1992, de 10 de noviembre), israelita (Ley 25/1992, de 10 de noviembre) y musulmana (Ley 26/1992, de 10 de noviembre).

¹⁰⁰⁸ Se destaca el caso de la STCE 63/1994, de 28 de febrero, en tanto “refleja ya una situación de transición: el objeto de la reclamación no es la incorporación de la demandante a la Seguridad Social, que ya se había producido, sino el reconocimiento (ficticio) de un «período de seguro» que correspondía a

En los últimos años las hipótesis de mayor conflicto se presentan en lo que se ha denominado como trabajo ideológico o trabajo en empresas de tendencia. Estamos frente a iglesias u organizaciones religiosas que, inspiradas por su ideario, fundan y sostienen entidades en ámbitos como la educación, la sanidad, la promoción social u otros y, para el desarrollo de sus actividades, contratan trabajadores.

En este trabajo subordinado, al existir un sistema de creencias y valores que define y orienta a esas entidades, ellas pueden organizar su actividad conforme al mismo, en virtud, por una parte, de la propia libertad religiosa y, por otra, de la libertad de empresa. Ello ha supuesto para los trabajadores una exigencia, explícita o implícita, en relación con dicho sistema, puesto que tales creencias y valores reclaman determinado comportamiento. En su versión más radical, el trabajo ideológico supone la pretensión de la organización en orden a que los trabajadores de su dependencia adhieran completamente a su ideario y lleven una conducta conforme al mismo. En versiones más moderadas dicha pretensión puede limitarse a la exigencia de que ellos no expresen públicamente con sus palabras o sus actos una oposición manifiesta a las creencias y valores institucionales, lo que pudiera provocar escándalo^{1009 1010}.

La tensión conflictual en el trabajo subordinado para iglesias y empresas de tendencia no es sólo de la libertad religiosa del trabajador respecto de la libertad de empresa, sino especialmente con la libertad religiosa en su dimensión colectiva o comunitaria, de la que es titular la organización religiosa o de inspiración religiosa¹⁰¹¹.

servicios docentes realizados antes de la incorporación a la Seguridad Social” (MARTÍN VALVERDE: “Libertad religiosa, contrato de trabajo...”, p.282).

¹⁰⁰⁹ En concepto del Tribunal Constitucional español, la apreciación de una situación como escandalosa “entraña un juicio de valor, que no puede hacerse, en su caso, sino con criterios de índole religiosa”. Agrega que “[s]ería contrario al deber de neutralidad del Estado impuesto por el art. 16.3 CE [...] que el Estado pretendiese negar el carácter religioso de la valoración de unas conductas en el seno intraeclesial, por el hecho de que esas mismas conductas puedan merecer una valoración diferente en un ámbito extraeclesial.” (STCE 128/2007, de 4 de junio)

¹⁰¹⁰ En algunos países de Europa, como ha destacado Valdés Dal-Ré, es posible apreciar una cierta evolución en este sentido, en tanto ya no se espera ni exige que los trabajadores tengan una plena comunión con sus empleadores, y sólo se admiten sanciones como el despido del trabajador cuando la discrepancia provoca trastornos graves para la institución (*Vid.* VALDÉS DAL-RÉ: “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, pp.571-572).

¹⁰¹¹ Señala Rodríguez-Piñero que “[l]a tutela del pluralismo político, ideológico y religioso no permite desconocer ese específico interés, no puramente patrimonial, del empresario; un límite legítimo al ejercicio del derecho fundamental de expresión del trabajador y de defensa de sus propias ideas, puede derivar de su ingreso voluntario en una organización productiva «de tendencia», en la que el respeto a esa tendencia puede considerarse como una exigencia organizativa y como una salvaguardia de la

Una comprensión más evolucionada de este trabajo supone algunas distinciones. Si bien será necesario siempre ponderar eventuales limitaciones a los derechos, es razonable sostener que existen roles o tareas en los cuales está comprometido fuertemente el ideario institucional y que, por tanto, respecto de quienes los detentan o las desempeñan, resulta admisible no sólo una mayor exigencia de fidelidad al mismo, sino un férreo compromiso en su desarrollo y consecución¹⁰¹². Pero hay al interior de estas empresas roles y tareas en las cuales la adhesión ideológica no resulta tan relevante, actividades que pueden denominarse como neutras, respecto de las cuales debe existir un menor nivel de exigencia en relación con el ideario institucional. En estos últimos casos, en principio, parecen menos admisibles las limitaciones la libertad religiosa del trabajador o las restricciones en relación a otros derechos.

Aunque se reconozca y garantice la libertad religiosa de las organizaciones, y en función de ello pudieran afectarse los derechos de los individuos, no basta su mera invocación por parte de la empresa, aunque se trate de una organización de tendencia, sino que es necesario justificar razonadamente la proporcionalidad de la medida empresarial. Así lo ha señalado tempranamente la STCE 47/1985, de 27 de marzo, al pronunciarse sobre el despido de una profesora titular de EGB de un colegio privado, sostenido por una orden religiosa, que se había fundado en que la actividad de la profesional no se habría ajustado al ideario que rige al establecimiento educacional¹⁰¹³. El Tribunal Constitucional concluye que al constatarse la falta de prueba de los hechos

subsistencia de la estructura empresarial(RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: “Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 2003, p.62.

¹⁰¹² En esta línea, Castro Jover afirma que en el contexto de la Directiva 2000/78/CE la diferencia de trato admitida es debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta o al contexto en el que se lleve a cabo, por lo que en su concepto “no cualquier actividad realizada permite la excepción, sino que sólo aquellas actividades que por su naturaleza requieran la característica de la religión como un elemento esencial, legítimo y justificado para el desempeño de su tarea, esto es, sea una tarea de tendencia” (CASTRO JOVER: “La tutela de la libertad religiosa en la Unión Europea...”, pp.106-107.

¹⁰¹³ Respecto de la relación del profesor con un centro educacional privado dotado de un ideario, el Tribunal Constitucional español ha señalado anteriormente (STCE 5/1981, de 13 de febrero) lo siguiente: “El profesor es libre como profesor, en el ejercicio de su actividad específica. Su libertad es, sin embargo, libertad en el puesto docente que ocupa, es decir, en un determinado centro y ha de ser compatible, por tanto, con la libertad del centro, del que forma parte el ideario. La libertad del profesor no le faculta por tanto para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario, sino sólo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo, no resulten contrarios a aquél. La virtualidad limitante del ideario será, sin duda, mayor en lo que se refiere a los aspectos propiamente educativos o formativos de la enseñanza, y menor en lo que toca a la simple transmisión de conocimientos, terreno en el que las propias exigencias de la enseñanza dejan muy estrecho margen a las diferencias de idearios”.

justificativos de un despido causalmente ideológico, “no debió limitarse a declarar que el despido era simplemente nulo por no tener probada la causa expuesta en la carta, sino que, a falta de aquellos hechos probados, debió calificar como discriminatoria con arreglo al art. 17.1 de la LET dicho despido, y, dada la íntima vinculación del art. 17.1 de la LET con el art. 16 de la Constitución por lo que hace al caso presente, debió amparar a la demandante en su libertad ideológica y declarar el despido nulo con nulidad radical por lesión de un derecho fundamental”¹⁰¹⁴. Como señala Martín Valverde, la doctrina constitucional es explícita en el sentido que “[l]a discrepancia ideológica del trabajador, reservada o no, no puede ser sancionada por el empresario, y no constituye infracción del deber de buena fe contractual, salvo ataque solapado o abierto al ideario del centro”¹⁰¹⁵; y, agregamos nosotros, ello se haya invocado adecuadamente como fundamento de la medida y sea, en su oportunidad, debidamente probado.

La STCE 106/1996, de 12 de junio, se pronuncia sobre la situación de una persona contratada como auxiliar de clínica en un hospital de una orden religiosa, que es despedida por proferir frases poco respetuosas frente a una celebración religiosa que se efectuaba en el centro sanitario. En este caso, la empresa alega el menoscabo del respeto hacia la empresa y sus representantes y a la dignidad de la función o el ideario del Centro, mientras la trabajadora afirmaba el ejercicio de su libertad de expresión. En un fallo que no ha estado exento de críticas¹⁰¹⁶, se otorga amparo a la trabajadora¹⁰¹⁷. Más

¹⁰¹⁴ Agrega la sentencia que “[l]a simple declaración de nulidad no basta, por varias razones: Primera, porque con ella el órgano judicial se queda en el plano de la legalidad sin adentrarse por el de la constitucionalidad al que aquélla (el art. 17.1 de la LET) le conduce; segunda, porque al pararse ahí, incumple con el deber de tutela que la Constitución le impone, ex art. 53.2; tercera, porque si tal actuación judicial bastara, sería facilísimo para cualquier empresario encubrir un despido en verdad discriminatorio (art. 17.1 de la LET) y contrario a algún derecho fundamental bajo la apariencia de un despido sin causa, por medio de un requerimiento o carta de despido que diera lugar a una declaración de despido nulo; cuarta, porque la declaración del despido nulo con nulidad radical, que es la que desde su demanda hasta el trámite de ejecución de sentencia ha pedido la demandante, implica la necesaria readmisión y no permite la indemnización sustitutoria que es posible en casos de despidos simplemente nulos”.

¹⁰¹⁵ MARTÍN VALVERDE: “Libertad religiosa, contrato de trabajo...”, p.310. López Ahumada señala que sólo podría haber una sanción cuando “se produzca fehacientemente una infracción manifiesta del ideario de la empresa” (LÓPEZ AHUMADA: “La libertad religiosa...” p.377).

¹⁰¹⁶ Así, para Martín Valverde “[l]a interrupción de un acto público de culto de especial significación para los fieles con comentarios despectivos no parece que pueda acogerse, por mucho esfuerzo dialéctico que se despliegue, al ejercicio de buena fe de los derechos del trabajador a la libertad ideológica y a la libertad de expresión” (MARTÍN VALVERDE: “Libertad religiosa, contrato de trabajo...”, p.310). *Vid.*, en similar sentido, MONTOYA MELGAR, Alfredo: “Sentencia 106/1996, de 12 de junio”, en ALONSO OLEA, Manuel y MONTOYA MELGAR, Alfredo: *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo XIV, 1996, Civitas, Madrid, 1997, p.192 y ss.).

allá de ello, quisiéramos destacar que la sentencia considera que “el carácter meramente neutral de la actividad de la trabajadora respecto al ideario de la empresa¹⁰¹⁸ no es susceptible de limitar las libertades constitucionales de aquella”, de modo que se explicita que en empresas de tendencia hay labores ideológicas y otras que no lo son, y que respecto de estas últimas no operarían las mismas exigencias de fidelidad al ideario institucional, precisamente por tratarse de actividades neutras¹⁰¹⁹. El fallo va todavía más lejos y afirma que “la relación laboral no se concertó con la entidad que era portadora de dicho ideario sino con una empresa dependiente de la misma pero con distinta función social, a la que por esta razón dicho ideario no se extiende directamente”, desconociendo el carácter de empresa ideológica del hospital de una orden religiosa¹⁰²⁰.

Un ámbito en el cual se produce importantes conflictos es en el de la realización de labores ideológicas o de tendencia en lugares de trabajo o empresas neutras, como sucede en el caso de los profesores de religión en escuelas y colegios públicos, en la medida que su contratación y permanencia está sujeta a la habilitación por parte de determinada iglesia, la cual califica la idoneidad de los mismos para el desempeño de esa función.

En el caso de España, resolviendo sobre el control abstracto de constitucionalidad de las normas que regulan el sistema de nombramiento de los profesores de religión, la STCE 38/2007, de 15 de febrero, concluyó que “la exigencia

¹⁰¹⁷ Se consideró que sus palabras “no entrañaban una ofensa grave para la religión cuyo acto de culto se estaba celebrando en una forma inusual en el Centro hospitalario, ni eran vejatorias para los participantes en el mismo o sus creencias, aun cuando fueran improcedentes o irrespetuosas” y se estimó que “no fue legítima, por desproporcionada, la decisión del Centro hospitalario acordando el despido, por exceder del ámbito en el cual las obligaciones que para la trabajadora se derivan del contrato de trabajo pueden modular el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión que el art. 20.1 a) le reconoce”.

¹⁰¹⁸ Explicita la sentencia que, siendo una auxiliar de clínica, ella ejerce “una actividad exclusivamente de carácter técnico sanitario, cuyas obligaciones laborales venían determinadas en su contrato laboral en atención a esa categoría profesional”, por tanto, “no cabe desconocer que su actividad laboral no guardaba una relación directa con el ideario de la entidad titular del Centro hospitalario”, de modo que “en la empresa cumple funciones meramente neutras en relación con la ideología de su empresario”

¹⁰¹⁹ Esta menor relevancia de las convicciones religiosas a efectos laborales en muchas ocasiones será “a pesar de la naturaleza confesional o religiosa del titular de la empresa y de su interés de que los trabajadores compartan sus creencias religiosas y que participen, por ejemplo, en sus actos de contenido religioso” (LÓPEZ AHUMADA: “La libertad religiosa...” p.377).

¹⁰²⁰ En el voto particular de esta sentencia se expresa la discrepancia con esta conclusión, señalándose que si bien se exige mayor rigor a los profesores de un centro docente de respetar el ideario del mismo, que a los empleados de un hospital, ello “no quiere decir que estos últimos estén excluidos del respeto debido a las ideas y creencias religiosas de quienes ostentan la dirección de la empresa en la que, conociendo su carácter religioso, se han integrado voluntariamente para la prestación de sus servicios”.

para la contratación de estos profesores del requisito de hallarse en posesión de la cualificación acreditada mediante la declaración eclesiástica de idoneidad no puede considerarse arbitraria o irrazonable ni ajena a los principios de mérito y capacidad y, desde luego, no implica una discriminación por motivos religiosos, dado que se trata de contratos de trabajo que se celebran única y exclusivamente para la impartición [...] de la enseñanza de la religión católica” y que “[l]a facultad reconocida a las autoridades eclesiásticas para determinar quiénes sean las personas cualificadas para la enseñanza de su credo religioso constituye una garantía de libertad de las Iglesias para la impartición de su doctrina sin injerencias del poder público”. De igual modo, el Tribunal Constitucional ha descartado que las disposiciones legales que regulan este sistema vulneren los derechos a la libertad de expresión y a la huelga (SSTCE 80/2007 a 90/2007, todas de 19 de abril)¹⁰²¹.

Como concluye Martín Valverde, la STCE 38/2007 “ha resuelto nada más, y nada menos, que una cuestión de constitucionalidad en abstracto referida al «combinado normativo» que forman un precepto legal y una disposición concordataria o de tratado internacional”¹⁰²². El propio Tribunal Constitucional en dicha sentencia advertirá esto, al señalar que “en el ejercicio de este control los órganos judiciales y, en su caso, este Tribunal Constitucional habrán de encontrar criterios practicables que permitan conciliar en el caso concreto las exigencias de la libertad religiosa (individual y colectiva) y el principio de neutralidad religiosa del Estado con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y laborales de los profesores”, dado que “por más que haya de respetarse la libertad de criterio de las confesiones a la hora de establecer los contenidos de las enseñanzas religiosas y los criterios con arreglo a los cuales determinen la concurrencia de la cualificación necesaria para la contratación de una persona como profesor de su doctrina, tal libertad no es en modo alguno absoluta, como tampoco lo son los derechos reconocidos en el art. 16 CE ni en ningún otro precepto de la Constitución, pues en todo caso han de operar las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional de valores y principios cifrado en la cláusula del orden público constitucional”.

¹⁰²¹ “... sin perjuicio de las consideraciones que, en su caso, proceda efectuar en el ámbito del control concreto de los actos de aplicación de estas disposiciones legales y de su conformidad con los derechos fundamentales, que corresponde, según hemos señalado, a los órganos judiciales y, en su caso, a este Tribunal Constitucional en el marco del recurso de amparo”.

¹⁰²² MARTÍN VALVERDE: “Libertad religiosa, contrato de trabajo...”, p.289.

Respecto del control concreto, el Tribunal Constitucional señala en la citada sentencia 38/2007 que los órganos judiciales competentes habrán de analizar en cada caso si la falta de habilitación responde a “criterios de índole religiosa o moral determinantes” o si, por el contrario, “se basa en otros motivos ajenos al derecho fundamental de libertad religiosa y no amparados por el mismo”, determinando que “una vez garantizada la motivación estrictamente «religiosa» de la decisión, el órgano judicial habrá de ponderar los eventuales derechos fundamentales en conflicto a fin de determinar cuál sea la modulación que el derecho de libertad religiosa que se ejerce a través de la enseñanza de la religión en los centros escolares pueda ocasionar en los propios derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo”. Estas orientaciones han sido aplicadas con posterioridad a la hora de resolver sobre amparos solicitados¹⁰²³.

El caso sobre el que se pronuncia la STCE 128/2007, de 4 de junio, se refiere al despido como profesor de religión y moral católicas del demandante de amparo, un sacerdote que había pedido la dispensa del sacerdocio y contraído matrimonio. En conocimiento de su situación, se le había habilitado para ejercer como tal por varios años. Sin embargo, para el año 1997-1998 se le retira la habilitación. La cesación se había producido, según expresó la autoridad religiosa, porque el profesor hizo pública su situación, añadiendo que “a los sacerdotes secularizados no les está permitido impartir clases de religión y moral católicas según la norma preceptiva (rescriptos), a no ser en casos muy excepcionales en los que el Obispo, ante circunstancias especiales y siempre que no exista peligro de escándalo, lo conceda como una gracia”. El TC descarta que haya existido vulneración de los derechos a no sufrir discriminación, a la vida privada y la libertad de expresión. Y para el TC resulta claro, en este caso, “que la no propuesta por parte del Obispado del demandante de amparo como profesor de religión y moral católicas para el curso 1997/1998 responde a criterios cuya caracterización como de índole religiosa y moral no puede ser negada, las cuales, a juicio de la autoridad eclesiástica, son determinantes de su falta de idoneidad para impartir dicha enseñanza, como consecuencia de la disimilitud, desemejanza, falta de sintonía u oposición de la conducta, vida personal u opiniones del demandante de

¹⁰²³ Vid., por ejemplo, STCE 51/2011, de 14 de abril.

amparo con los postulados definitorios del credo religioso de la Iglesia católica”. Este caso, con posterioridad, ha sido objeto de recurso ante Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asunto Fernández Martínez c. España, núm. 56030/07), pronunciándose la Sala de la Tercera Sección, en sentencia de 15 de mayo de 2012. Esta no ha acogido el recurso y ha expresado que “las circunstancias que han motivado la no renovación del contrato del demandante en este caso son de naturaleza estrictamente religiosa” y que para el tribunal “las exigencias de los principios de libertad religiosa y de neutralidad impiden un ulterior examen relativo a la necesidad y a la proporcionalidad de la decisión de no renovación, debiendo limitar su papel a comprobar que ni los principios fundamentales del orden jurídico interno ni la dignidad del demandante han sido comprometidas”¹⁰²⁴ ¹⁰²⁵. El caso fue reenviado a la Gran Sala, la cual, en sentencia de 12 de junio de 2014, rechazó el recurso¹⁰²⁶, señalando que no le parece “que la decisión del obispado de no proponer la renovación del contrato del demandante haya sido insuficientemente motivada, arbitraria o que haya sido tomada con un fin ajeno al ejercicio de la autonomía de la Iglesia católica”.

En similar sentido razonan los tribunales chilenos, al pronunciarse sobre un recurso de protección interpuesto por una profesora lesbiana, luego de perder la certificación de idoneidad de la autoridad eclesiástica, al conocerse su inclinación sexual, en la SCA de San Miguel, recurso de protección rol N° 238-2007, 27 de noviembre de 2007, confirmada por sentencia de la Corte Suprema de Chile (en adelante, SCS), recurso 6853/2007, de 17 de abril 2008. Señala aquella sentencia que “la propia legislación aplicable en la especie, faculta al órgano religioso correspondiente para que otorgue y revoque la autorización que se ha de conceder de acuerdo con sus particulares principios religiosos, morales y filosóficos, situación que dependerá sólo de cada una de ellas no teniendo injerencia alguna ni el Estado ni algún particular puesto que la facultad descansa en el propio credo que tiene la amplia libertad para establecer

¹⁰²⁴ Traducción propia. Señala la sentencia: “...la Cour considère que les circonstances qui ont motivé le non-renouvellement du contrat du requérant en l’espèce sont de nature strictement religieuse. Elle est d’avis que les exigences des principes de liberté religieuse et de neutralité l’empêchent d’aller plus loin dans l’examen relatif à la nécessité et à la proportionnalité de la décision de non-renouvellement, son rôle devant se limiter à vérifier que les principes fondamentaux de l’ordre juridique interne ou la dignité du requérant n’ont pas été remis en cause”.

¹⁰²⁵ Torres Gutiérrez, citando a Martínez Torrón, nos recuerda que el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no protege la libertad de una persona para mantener una posición heterodoxa dentro de su iglesia, y, al respecto, cita las decisiones sobre la admisión de los asuntos 7374/76, 10901/ 84 y 12356/86 (*Vid.* TORRES GUTIÉRREZ: “La libertad de pensamiento, conciencia y religión...”, p.521).

¹⁰²⁶ Una decisión tomada con una votación de nueve votos contra ocho.

sus normas y principio”, agregando que “[c]onsiderarlo de otra manera sería intervenir en los grupos religiosos y no respetar sus propias normas, cuestión que no es precisamente lo que pretende establecer el Decreto en análisis”, y que “[s]ubyace en la propia norma citada que quien imparta tal credo en las aulas deberá ajustarse a dichas normas, creencias y dogmas sin que competa a los órganos del Estado inmiscuirse o cuestionarlas”. Precht Pizarro valora positivamente la sentencia, la cual, en su concepto “se adentra en la corriente moderna sobre libertad religiosa, superando el debate estrecho de «separación entre las iglesias y el Estado», que mira solo los aspectos negativos y que no induce a la colaboración entre ambos poderes”, afirmando que a la idoneidad “implica tres aspectos: idoneidad profesional; idoneidad doctrinal e idoneidad moral” y que “[l]a autoridad religiosa debe velar no solo porque se enseñe una doctrina recta, sino porque el docente sea consecuente, a lo menos, en los puntos más cruciales de esa moral”¹⁰²⁷. Viera Álvarez, en sentido contrario, señala que en ella “ha primado una racionalidad adjetiva sin considerar la dialéctica sustantiva que se produce ante la colisión de derechos fundamentales: la vida privada y los derechos que le asisten a un empleador para seleccionar a sus trabajadores” y afirma que “aun cuando una norma reglamentaria puede autorizar a un ente para que califique la idoneidad profesional de las personas, en su base está el respeto a la vida privada, derecho que limita la certificación de idoneidad, pues se trata de una esfera que no puede ser tocada por otro, sobre todo si en el ejercicio del derecho se actúa pacífica y sanamente”¹⁰²⁸.

La STCE 51/2011, de 14 abril, resuelve sobre el amparo de una profesora, a la cual la autoridad eclesiástica no la propone como profesora de religión para el siguiente curso escolar, por haber contraído matrimonio sin ajustarse a las normas del Derecho canónico. El tribunal resuelve otorgar el amparo “por vulneración de los derechos a no sufrir discriminación por razón de las circunstancias personales, a la libertad ideológica, en conexión con el derecho a contraer matrimonio en la forma legalmente establecida, y a la intimidad personal y familiar”. Ella, siendo soltera, sólo podía casarse civilmente con el hombre que había elegido, pues éste se hallaba divorciado de su anterior

¹⁰²⁷ PRECHT PIZARRO, Jorge: “Idoneidad del profesor de religión. Sentencias Cortes de Apelaciones de San Miguel y Suprema, de 27 de noviembre de 2007 y 17 de abril de 2008”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 3, 2008, pp.522 y 523.

¹⁰²⁸ VIERA ÁLVAREZ, Christian: “Vida privada e idoneidad profesional. Comentario de la sentencia de la Corte Suprema de 17 de abril de 2008, causa rol n° 6.853-2007, confirma sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 27 de noviembre de 2007, causa rol n° 238-2007”, en *Jurisprudencia al Día*, Legal Publishing, núm. 95, 25 de junio al 8 de julio de 2008, p.1142.

cónyuge, pero no había obtenido la nulidad canónica de ese matrimonio. En concepto del tribunal, la motivación religiosa de la decisión de la autoridad religiosa “no justifica, por sí sola, la inidoneidad sobrevenida de la demandante para impartir la enseñanza de religión y moral católicas, pues esa decisión eclesial no puede prevalecer sobre el derecho de la demandante a elegir libremente (dentro del respeto a las reglas de orden público interno español) su estado civil y la persona con la que desea contraer matrimonio, lo que constituye una opción estrechamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana (art. 10.1 CE)”. El Tribunal Constitucional concluye que resolver de otro modo el asunto “conduciría a la inaceptable consecuencia, desde la perspectiva constitucional, de admitir que quien, como en el caso de la demandante, no tiene impedimento alguno para contraer matrimonio en forma canónica, pero desea casarse con persona que sí lo tiene y no puede hacerlo en dicha forma religiosa por sus circunstancias personales, se vea obligada a elegir entre renunciar a su derecho constitucional a contraer matrimonio con la persona elegida o asumir el riesgo cierto de perder su puesto de trabajo como docente de religión y moral católicas, aun en el caso de guardar reserva sobre su situación personal, lo que supondría otorgar a la libertad religiosa una prevalencia absoluta sobre la libertad individual”, conclusión que el propio tribunal con anterioridad ha rechazado expresamente. Opta aquí el tribunal por la que denominamos una visión más moderada respecto de los límites que la libertad religiosa de las instituciones podría imponer a los derechos fundamentales de los trabajadores. Se entiende que a la hora de calificar la idoneidad profesional para la docencia las autoridades religiosas no gozan de una libertad absoluta, deben respetar el marco constitucional, y su actuación puede ser objeto de un juicio ponderativo a través del canon de proporcionalidad.

3.2.2.3. *Criterios para resolver los conflictos en materia de libertad religiosa y trabajo*

La normativa internacional y supranacional existente sobre el derecho fundamental de libertad religiosa y sobre la no discriminación por motivo de las creencias, unida a los criterios interpretativos de la jurisprudencia y de los respectivos órganos de control, ha de tenerse en cuenta a la hora de resolver los conflictos que se presenten en el ámbito laboral, en tanto se le considere como derecho directamente aplicable y como clave hermenéutica del propio ordenamiento.

En el ámbito de la libertad religiosa, en términos relativos, el número de casos resueltos por organismos internacionales es menor a lo que sucede con otros derechos fundamentales. Con todo, es posible encontrar pronunciamientos, especialmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que permiten identificar ciertos criterios de resolución, aplicables en sede laboral. Con todo, también es posible encontrar ciertas discrepancias en la comprensión de determinados conflictos y de los criterios en atención a los cuales han de ser resueltos¹⁰²⁹.

Teniendo en cuenta los instrumentos internacionales y supranacionales que hemos revisado, considerando su aplicación tanto por instancias de esos niveles, como por los propios tribunales nacionales, y atendiendo a las críticas que de los criterios jurisprudenciales ha efectuado la doctrina, nos parece necesario presentar en síntesis los criterios que, sostenemos, han de tenerse en consideración ante eventuales conflictos entre religión y trabajo:

- a) Las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión, reconocidas como derechos fundamentales, se constituyen en basamento de la sociedad democrática y en supuesto necesario del reconocimiento de otros derechos y libertades.
- b) Los trabajadores, en tanto personas, son titulares de estas libertades, las cuales deben ser garantizadas en los diversos ámbitos de su vida, incluido por cierto el de las relaciones laborales. La libertad religiosa tiene eficacia también en la relaciones entre particulares, resultando por ello también vinculado el empresario.
- c) La libertad religiosa del trabajador, en su vertiente interna, es una libertad absoluta, que no admite limitaciones. Sin embargo, su manifestación, es decir, su

¹⁰²⁹ A vía ejemplar, podemos considerar lo que sucede con el uso del velo islámico. Por parte del TEDH ha existido el criterio de dejar entregado este asunto al margen de decisión de los Estados, lo que, en la práctica, ha significado en muchos casos restricciones severas, que en nuestro concepto, no han estado suficientemente justificadas en los motivos por los cuales los propios instrumentos internacionales permiten la limitación de las manifestaciones religiosas. En esta línea la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha sido más categórica a la hora de cuestionar exigencias en relación con la vestimenta religiosa que podrían ser injustificadas y discriminatorias.

vertiente externa, si podría eventualmente ser limitada. Los motivos por los cuales podría restringirse han sido explicitados en las constituciones y en los instrumentos internacionales.

- d) En el ámbito laboral, junto a las evidentes limitaciones que proceden del orden público, la salud y la seguridad, la libertad religiosa del trabajador puede entrar en fricción con los derechos fundamentales de otras personas. Así, es posible identificar, en primer lugar, que los derechos del trabajador pueden colisionar con los poderes empresariales, entendidos como facultades esenciales del derecho a la libre empresa. Además, tratándose de empresas de tendencia, puede producirse un conflicto entre la libertad religiosa del trabajador y la libertad religiosa del empresario. Por último, podríamos encontrarnos con límites en atención a derechos fundamentales de terceros.
- e) La neutralidad empresarial reclama que el factor religioso permanezca ajeno a las decisiones organizativas y excluye la posibilidad de formulara exigencias religiosas en el marco de la prestación laboral. En concreto,
 - el empresario no puede solicitar al trabajador, ni recabar a través de otros medios, información acerca de sus creencias religiosas;
 - en caso de tener conocimiento de las mismas, el empleador no puede discriminar al trabajador en razón de su religión;
 - no es admisible imponer a los trabajadores la participación en actividades o ceremonias de carácter religioso, ni sancionarlos por la negativa a tomar parte en ellas, y
 - deben evitarse formas de proselitismo impropio, que significaran una presión indebida para el trabajador;
- f) Ante mandatos imperativos, importantes y sustanciales de la práctica religiosa del trabajador, cabría esperar una adaptación razonable de la organización empresarial, que hiciera compatible dicha práctica con la actividad laboral.
- g) Existe hasta ahora una tendencia mayoritaria a solucionar los conflictos entre prácticas religiosas de los trabajadores y condiciones laborales bajo un prisma contractualista, aunque en algunos países se exige al empresario la acomodación

razonable. La solución meramente contractualista no se condice con la calidad de fundamentales que tienen los derechos en pugna, por lo que afirmamos que, en caso de conflicto, debiera resolverse en clave iusfundamental, recurriendo al canon de proporcionalidad.

h) Tratándose de empresas de tendencia, se ha admitido tradicionalmente exigencias de carácter religioso respecto de los trabajadores que prestan servicios para ellas. Lo anterior, en atención a la libertad religiosa, en su dimensión colectiva o comunitaria, de la que son titulares las organizaciones religiosas. El desarrollo de su misión demandaría de los trabajadores una cierta lealtad con el ideario institucional. En todo caso, cabe consignar al respecto las siguientes líneas de evolución

- Se diferencia dentro de las organizaciones de tendencia roles y tareas en las cuales la adhesión al ideario resultan más relevantes, distinguiéndose las labores ideológicas y labores neutras.
- No cualquier discrepancia del trabajador con el ideario permite la sanción del mismo, incluido su despido. La medida empresarial debe justificarse en un ataque claro y abierto a ese ideario.
- No basta con la mera invocación de la discrepancia, debe probarse los hechos justificativos de la medida empresarial.

i) En el ámbito específico de la realización de labores ideológicas o de tendencia de los profesores de religión en escuelas y colegios públicos, donde su contratación y permanencia está sujeta a la habilitación por parte de las iglesias, la jurisprudencia tradicionalmente se ha inclinado por afirmar, desde el principio de neutralidad, la autonomía de las ellas para definir la idoneidad de los trabajadores. Sin embargo, puede apreciarse una tendencia emergente de la doctrina y la jurisprudencia, en orden a limitar esa autonomía, afirmando los derechos fundamentales en juego y exigiendo un juicio ponderativo.

3.3. El derecho a la vida privada

3.3.1. Conceptualización y marco normativo

3.3.1.1. El derecho a la intimidad, la privacidad o la vida privada

El derecho a la intimidad, la privacidad o la vida privada - denominaciones utilizadas en los diferentes ordenamientos para referirse, en lo sustantivo, a lo mismo¹⁰³⁰ - alude, fundamentalmente, al amparo que se brinda al individuo de cierto ámbito reservado de su vida, respecto del cual está vedada la injerencia de los demás¹⁰³¹. Subyace a este reconocimiento de la privacidad una garantía aún más básica: la libertad de las personas para configurar autónomamente su vida privada. Dicho de otro modo, la garantía de un espacio de secreto o reserva tiende a posibilitar que las personas puedan ser lo que quieran ser, prescindiendo del juicio de los demás, y, por tanto, se autodeterminen con libertad.

¹⁰³⁰ Hay quienes ponen de relevancia ciertos matices de diferencia entre estas expresiones, que apuntan a que el concepto de privacidad sería menos restrictivo que el de intimidad (*Vid.* SALDAÑA DÍAZ, María Nieves: “«The right to privacy». La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: el centenario legado de Warren y Brandeis”, en *Revista de derecho político*, núm.85, Madrid, 2012, pp.195-240). En este sentido se cita la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1192 (actualmente derogada), que señalaba que mientras “la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado”. En un sentido diverso, Santolaya Machetti, al referirse a la utilización de dichas expresiones en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Constitución Española, afirma que “se ha defendido que el concepto de «vida privada» del Convenio debe ser considerado equivalente, o, incluso indistinguible del de «intimidad personal» utilizado por nuestra Constitución”, aunque advierte que “el TEDH parece haber dotado de mayor contenido a la intimidad personal de lo que hasta el momento ha realizado nuestro Tribunal Constitucional” (SANTOLAYA MACHETTI, Pablo: “Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad (art. 8 CEDH)”, en *La Europa de los derechos: el Convenio europeo de derechos humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p.488). En similar sentido, se ha señalado que “en Chile no podemos advertir una delimitación clara e irrefutable entre vida privada e intimidad, que permita hablar de ámbitos distintos de protección constitucional y legal” (CASTRO CASTRO, José Francisco: “El derecho fundamental a la intimidad del trabajador y el uso del correo electrónico en la empresa”, en *Estudios laborales*, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, núm. 8, 2013, s/p).

¹⁰³¹ En palabras de la STCE 73/1982, de 2 de diciembre, “la intimidad es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren”. Para el Tribunal Constitucional español, a partir de la noción de dignidad humana, tal reconocimiento es “necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana” (SSTC 209/1988, de 27 de octubre, 231/1988, de 1 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre, 99/1994, de 11 de abril, 143/1994, de 9 de mayo, 207/1996, de 16 de diciembre, y 98/2000, de 10 de abril, entre otras).

Como tempranamente se expresara por Warren y Brandeis, la inviolabilidad de la persona incluye “*the right to be let alone*”¹⁰³², y, como en su momento señaló la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el derecho a la vida privada “*consiste essentiellement à pouvoir mener sa vie comme on l'entend avec un minimum d'ingérence*”¹⁰³³. Así, como ha señalado con acierto el Tribunal Constitucional español, si bien se ha considerado que en este derecho se trata del “poder de resguardar un ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida” (STCE 151/1997, de 29 de septiembre), en definitiva, está en juego “la protección de la libertad y de las posibilidades de autorrealización del individuo” (STCE 202/1999, de 8 de noviembre). El TEDH llega aún más lejos, al señalar que el derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 8 del Convenio, “*peut parfois englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu*”¹⁰³⁴ y que “*protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur*”¹⁰³⁵.

Definir la esfera de privacidad que ha de ser tutelada no es tarea fácil. Como ha expresado el TEDH, en sentencia sobre asunto P.G. y J.H. c. Reino Unido, núm. 44787/98, de 25 de septiembre de 2001, “[l]a «vie privée» est une notion large, qui ne se prête pas à une définition exhaustive”¹⁰³⁶. Es evidente que la persona puede reclamar que los terceros permanezcan ajenos a lo relacionado con su intimidad corporal, salud, vida afectiva y sexual, y relaciones familiares. También lo es que pueda optar sobre quienes pueden conocer sus ideas, convicciones, opciones y preferencias personales, manteniéndolas en reserva para el resto. Junto a lo anterior, se ha ido entendiendo que

¹⁰³² WARREN Samuel D. y BRANDEIS, Louis D.: “*The right to privacy*”, en *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass, Vol. IV, 1890-91, núm.5, 15 de diciembre de 1890, pp.194-220. La expresión había sido utilizada previamente por el juez Cooley, a quienes estos autores citan (COOLEY, Thomas. M. *A Treatise on the Law of torts*, 2nd Ed., p.29).

¹⁰³³ CONSEJO DE EUROPA: Resolución núm. 428, 23 de enero de 1970, disponible en línea en <http://assembly.coe.int/mainf.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta70/fres428.htm>. Agrega la resolución que “[i]l concerne la vie privée, la vie familiale et la vie au foyer, l'intégrité physique et morale, l'honneur et la réputation, le fait de ne pas être présenté sous un faux jour, la non-divulgaration de faits inutiles et embarrassants, la publication sans autorisation de photographies privées, la protection contre l'espionnage et les indiscrétions injustifiables ou inadmissibles, la protection contre l'utilisation abusive des communications privées, la protection contre la divulgation d'informations communiquées ou reçues confidentiellement”

¹⁰³⁴ Vid. Mikulić c. Croacia, núm. 53176/9, de 7 de febrero de 2002.

¹⁰³⁵ Vid. Burghartz c. Suiza, núm. 16213/90, de 22 de febrero de 1994 y Friedl c. Austria, núm. 15225/89, de 31 de enero de 1995.

¹⁰³⁶ Ya antes se había expresado que “[l]a Cour ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de «vie privée»” (Niemiets c. Alemania, núm.13710/88, de 16 de diciembre de 1992).

existen aspectos de las relaciones personales y sociales del individuo de los que cabe esperar permanezcan circunscritos a dichos círculos, sin que se admita el conocimiento ni la injerencia de terceros¹⁰³⁷. En este sentido, el TEDH, en sentencia Niemietz c. Alemania, núm.13710/88, de 16 de diciembre de 1992, expresó con claridad que “[i]l serait toutefois trop restrictif de la limiter à un «cercle intime» où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d’en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle”, y que “doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l’individu de nouer et développer des relations avec ses semblables”. En esta línea, la STCCh rol núm. 1894/2011, de 12 de julio de 2011, expresa que la vida privada “no sólo puede darse en los lugares más recónditos, sino que también se extiende, en algunas circunstancias, a determinados espacios públicos donde se ejecutan específicos actos con la inequívoca voluntad de sustraerlos a la observación ajena”.

Resulta clave a la hora de identificar lo privado, atender a lo que el propio sujeto ha querido que de su vida personal sea ajeno a los demás¹⁰³⁸, sin perjuicio de que se precise de “alguna aproximación material que delimite los potenciales excesos de una intocable soberanía personal, y en su virtud distinguir ámbitos de proximidad mayor o

¹⁰³⁷ Expresa el TEDH en la sentencia sobre el asunto Peck c. Reino Unido, núm. 44647/98, de 28 de enero de 2003 que “[l]a Cour a déjà déclaré que des facteurs tels que l’identification sexuelle, le nom, l’orientation sexuelle et la vie sexuelle sont des éléments importants de la sphère personnelle protégée par l’article 8”, citando al efecto las SSTEDH de los asuntos B. c. Francia, núm.13343/87 de 25 de marzo de 1992; Burghartz c. Suiza, núm. 16213/90, de 22 de febrero de 1994; Dudgeon c. Reino Unido, núm.7525/76, de 22 de octubre de 1981, y Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido, núms. 21627/93, 21628/93 y 21974/93, de 19 febrero de 1997. Agrega que “[c]ette disposition protège également le droit à l’identité et au développement personnel ainsi que le droit pour tout individu de nouer et développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur”, citando la ya mencionada sentencia Burghartz c. Suiza, junto a la del asunto Friedl c. Austria, núm.15225/89, de 31 de enero de 1995. Especifica que incluso, “[i]l peut s’étendre à des activités professionnelles ou commerciales”, aludiendo a las sentencias Niemietz c. Alemania, núm.13710/88, de 16 de diciembre de 1992, y Halford c. Reino Unido, núm. 20605/92, de 25 de junio de 1997. Afirma con claridad que “[i]l existe donc une zone d’interaction entre l’individu et autrui qui, même dans un contexte public, peut relever de la « vie privée »”.

¹⁰³⁸ Entendido el derecho a la intimidad como “derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los límites de nuestra vida privada”, se afirma que cada persona puede “reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio” (STCE 134/1999, de 15 de julio). Al respecto puede revisarse también las SSTCE 89/2006, de 27 de marzo, 173/2011, de 7 de noviembre, y 59/2009, de 29 de junio. Sobre el concepto subjetivo de intimidad *vid.* VICENTE PACHÉS, Fernando de: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1998, pp.77-78. Se han distinguido los conceptos de intimidad en sentido fuerte y en sentido débil para aludir, respectivamente, a la intimidad socialmente reconocida y a la subjetivamente reservada (*vid.* MIERES MIERES, Luis Javier: “La protección constitucional de los derechos a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones laborales: una visión desde la jurisprudencia constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, Nº 99-100, 2014, pp.2090 y ss.).

menor de las pretendidas intromisiones al núcleo de reserva de la persona...”¹⁰³⁹. En este sentido, cabe tener presente especialmente respecto de las conductas desarrolladas fuera del espacio privado, que, como ha señalado el TEDH, “*ce qu'un individu est raisonnablement en droit d'attendre quant au respect de sa vie privée peut constituer un facteur significatif, quoique pas nécessairement décisif*”¹⁰⁴⁰.

Para la acertada delimitación del ámbito de lo tutelado en esta materia es relevante, como lo veremos al revisar algunos aspectos más adelante, tener presente la noción de expectativa razonable de privacidad¹⁰⁴¹. Ésta se refiere a la pretensión justificada del individuo de que su conducta, en razón al lugar o a las condiciones en que esta se desarrolla, no estará sometida al conocimiento de terceros¹⁰⁴².

El derecho a la intimidad guarda estrecha relación con otros derechos, como la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Las personas, en tanto dotadas de la facultad de autodeterminación, no sólo son libres de tener sus propias ideas y convicciones, de definir sus propias preferencias y opciones vitales, y, por tanto, de expresarlas y actuar en conformidad a ellas, sino también tienen derecho a que ellas permanezcan en su ámbito de privacidad, que no sean conocidas ni tomadas en consideración por el resto. En este último sentido, el resguardo de la intimidad ha de contribuir, asimismo, a limitar o impedir la discriminación, en tanto la reserva garantice que tales definiciones identitarias no puedan tenerse en cuenta para un tratamiento diferenciado en perjuicio del individuo. Si bien hay quienes han manifestado que “la tutela de la intimidad del trabajador tiene un valor instrumental para la tutela de otros

¹⁰³⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda: “La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo”, en CASAS BAAMONDE María Emilia, CRUZ VILLALÓN, Jesús y DURÁN LÓPEZ Federico: *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española : estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley-Actualidad, 2006, versión electrónica en www.laleydigital.es, s/p

¹⁰⁴⁰ Asunto P.G. y J.H. c. Reino Unido, núm. 44787/98, de 25 de septiembre de 2001.

¹⁰⁴¹ Entre otras, la STEDH Halford c. Reino Unido, núm.20605/92, de 25 de junio de 1997, alude a esta noción en la versión en inglés como “*reasonable expectation of privacy*”, mientras que en la versión francesa se señala que la persona “*pouvait raisonnablement croire au caractère privé...*”. Vid. también SSTEDH Perry c. Reino Unido, núm.63737/00, de 17 de julio de 2003; P.G. and J.H. c. Reino Unido, núm. 44787/98, de 25 de septiembre de 2001; Peck c. Reino Unido, núm. 44647/98, de 28 de enero de 2003; Von Hannover c. Alemania núm.59320/00, de 24 de junio de 2004, y Peev c. Bulgaria, núm.64209/01 de 26 julio de 2007.

¹⁰⁴² Se vincula este concepto con lo que el Tribunal Constitucional de España expresó en su momento como establecimiento de “barreras de reserva”; la existencia de estas barreras, que pueden ser físicas, conductuales o basadas en normas sociales, justificaría la pretensión de privacidad (Vid. MIERES MIERES: “La protección constitucional...” pp.2095 y ss. Al efecto el autor cita las SSTC 99/1994, 155/2001, 72/2007 y 77/2009).

derechos fundamentales”¹⁰⁴³, nosotros preferimos, en lugar de conferirle un carácter instrumental, afirmar la idea de interrelación e interdependencia de los derechos fundamentales. Dicho de otro modo, no se trata sólo de que la protección el derecho a la intimidad tienda a evitar la discriminación, sino también la interdicción de esta última contribuye a la libre autodeterminación personal.

El reconocimiento de una esfera privada de los individuos y su protección frente a la injerencia de terceros pueden entrar en conflicto con otros derechos, como son la libertad de expresión y la de información. Innumerables y frecuentes han sido los casos en que se produce esta tensión. En muchas ocasiones se tratará de personajes públicos, como dirigentes políticos, artistas, deportistas, etc., que buscan reivindicar espacios de privacidad en su vida, frente a la injerencia de la prensa o, más recientemente, frente a la masiva utilización de las nuevas tecnologías, particularmente de las redes sociales, para propagar información sobre sus personas¹⁰⁴⁴. Crecientemente son también los ciudadanos anónimos quienes reclaman mayor privacidad ante la enorme capacidad de la tecnología para registrar y difundir información que pudiera afectar su intimidad.

Un espacio potencialmente conflictivo para el ejercicio del derecho a la intimidad o a la vida privada lo constituyen, por varias razones, las relaciones laborales. La sola inserción del trabajador en el trabajo dependiente implica el acceso de su empleador al conocimiento limitado de algunos datos de aquel, necesarios para una adecuada gestión laboral, los que para terceros permanecen ocultos y de los cuales no tendría noticia si no le hubiere contratado. Sobre ello, se impone al empleador un deber reserva. Con todo, los restantes ámbitos de la vida privada del trabajador han de permanecer inaccesibles al empleador, como una “esfera intangible de la intimidad”¹⁰⁴⁵;

¹⁰⁴³ FERNÁNDEZ LÓPEZ: “La intimidad del trabajador y su tutela...”, s/p.

¹⁰⁴⁴ *Vid.* la conocida STCE 231/1988, de 1 de diciembre, sobre la difusión del tratamiento médico del torero Francisco Rivera Pérez, en la enfermería de la plaza de toros de Pozoblanco, luego de la mortal cogida que sufriera.

¹⁰⁴⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: “Derecho a la intimidad y relaciones laborales”, ponencia en *Seminario sobre tendencias de la protección jurídica de la intimidad (Privacidad y Relaciones Laborales)*, Universidad de Huelva, 10 de marzo de 2006, disponible [en línea] en <http://www.uhu.es/intimidadyderecho/Docs/ponencia.pdf>, p.5. Para Gil y Gil, “[l]a protección de la esfera de intangibilidad del trabajador exige que el ordenamiento garantice: la irrelevancia de la conducta privada del trabajador en la relación laboral; la libertad de ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador; el que las facultades y poderes del empresario se hallen limitados por la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador, y la protección de la intimidad del trabajador frente a una intervención excesiva de sus propios representantes” (GIL Y GIL, José Luis: “Principio de protección de la vida

el trabajador no está obligado revelar dichos datos al empleador y para éste ha de estar vedado indagar al respecto¹⁰⁴⁶. Es más, esa esfera no sólo se refiere a lo estrictamente íntimo, sino que puede alcanzar simplemente a la vida extra laboral del trabajador¹⁰⁴⁷.

Si bien es cierto que este derecho a la intimidad admite ser limitado en atención a otros derechos fundamentales o a bienes constitucionalmente protegidos¹⁰⁴⁸, ello no significa que simplemente deba ceder ante los poderes empresariales. De este modo, las medidas restrictivas que el empleador pudiera adoptar han de estar sujetas al canon de proporcionalidad y a la noción de intervención mínima. Entre las exigencias al empleador en el marco de la relación de trabajo está aquella que deriva de la buena fe, que supone que “las facultades empresariales de vigilancia y control deben desarrollarse de forma correcta y leal, adecuándose a las específicas causas que las justifican”¹⁰⁴⁹.

En muchas ocasiones en el ejercicio de las facultades empresariales, especialmente en las relativas al control, pueden producirse intromisiones ilegítimas que constituyan una vulneración de la privacidad del trabajador. En esta línea, el TCE, en sentencia 98/2000, de 10 de abril de 2000, reconociendo haber afirmado en alguna ocasión que “los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desempeña su actividad no se integran, en principio, en la esfera privada de la persona (SSTC 170/1987, de 12 de noviembre, FJ 4; 142/1993, de 22 de abril, FJ 7 y 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2; ATC 30/1998, de 28 de enero, FJ 2)”, estimó necesario aclarar que “no es menos cierto que también hemos matizado esa afirmación inicial señalando que no cabe ignorar que, mediante un análisis detallado y conjunto de esos hechos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador (SSTC 142/1993, FJ 8 y 202/1999, FJ 2), que pueden resultar lesivas del derecho a la intimidad personal protegido por el art. 18.1 CE”.

privada y ejercicio profesional”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, Nº. 4, 1994-1995, p.89).

¹⁰⁴⁶ En esta línea, la STJUE en el asunto Busch contra Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG, C-320/01, de 27 de febrero de 2003, “[p]uesto que el empresario no puede tomar en consideración el embarazo de la trabajadora para la aplicación de las condiciones de trabajo de ésta, la interesada no está obligada a informar al empleador de que está encinta”.

¹⁰⁴⁷ Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ: “La intimidad del trabajador y su tutela...”, s/p.

¹⁰⁴⁸ Vid., entre otras, STCE 90/1997, de 6 de mayo.

¹⁰⁴⁹ ROQUETA BUIJ, Remedios: “El derecho a la intimidad de los trabajadores y el control audiovisual del empresario” en BOIX REIG Javier (Dir.), y JAREÑO LEAL, Ángeles (Coord.): *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, 2010, p.409.

Hoy existe un extendido consenso en orden a que la tutela de la intimidad del trabajador supone, por una parte, que éste tiene derecho a que determinados aspectos de su vida permanezcan ajenos al conocimiento o la intervención del empresario y, por otra, a esperar que aquellos datos privados a los que su empleador ha tenido acceso con ocasión de la relación laboral, sean adecuadamente tratados y permanezcan en la debida reserva¹⁰⁵⁰. Aunque es más discutida, se abre paso la idea de que incluso en las tareas propias del quehacer laboral debe garantizarse cierto espacio de privacidad, rechazándose los controles y sistemas de vigilancia exagerados que coarten un margen razonable de autodeterminación personal cuando se trabaja. En este sentido se ha afirmado que “la cuestión no es [sólo] que el derecho a la intimidad continúe activado, aunque con las debidas modulaciones, en el marco de la relación jurídico-laboral del trabajador, sino que lo supera, y ampara también frente a una injerencia en la propia actuación profesional del trabajador, entendida en sentido estricto”¹⁰⁵¹.

Por otra parte, toda vez que la esfera de lo privado de manera significativa está determinada por lo que el propio sujeto ha querido que de su vida sea ajeno a los demás, resulta relevante considerar el papel que jugaría el consentimiento, expreso o tácito, del trabajador respecto de las medidas que adopte el empleador que pudieran implicar una injerencia en su intimidad. Al respecto, necesario es afirmar que tal consentimiento, en tanto implica la ampliación del poder control de empleador y la restricción de un derecho fundamental del trabajador, debe ser un consentimiento suficientemente informado y responder a una causa justificada. Esto último exige que exista un interés empresarial legítimo que amerite ser tutelado¹⁰⁵². Tratándose de una relación laboral es necesario tener presente la asimetría de las partes, lo que implica atender a los grados de

¹⁰⁵⁰ En el caso de España, en relación a la creación de archivos o ficheros informáticos de datos personales del trabajador por parte del empleador, se ha entendido que tal tratamiento de datos debe regirse por los principios propios específicos del artículo 18 CE y de su normativa de desarrollo (*vid.* GOÑI SEIN, José Luis: “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos”, en ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón y ESTEBAN LEGARRETA Ricardo (Coord.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Alicante, 2004, pp.51y ss.).

¹⁰⁵¹ CAMAS RODA, Ferrán: “La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral”, en ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón y ESTEBAN LEGARRETA Ricardo (Coord.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Alicante, 2004, p.167.

¹⁰⁵² Sobre la relevancia para el interés empresarial de la información, a propósito de la recogida y tratamiento de datos personales del trabajador, se afirma que no basta el consentimiento como único requisito de legitimidad, sino que hay que atender al principio de adecuación o pertinencia, es decir, no se puede recabar cualquier información personal del trabajador, sino la estrictamente imprescindible y, en ningún caso, la innecesaria para la prestación laboral (*Vid.* GOÑI SEIN: “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo...”, pp.60 y ss.).

libertad que tendría en cada caso el trabajador al aceptar alguna injerencia empresarial¹⁰⁵³.

El derecho a la privacidad no sólo debe ser entendido desde la perspectiva de los individuos, pues, a la luz de la temprana doctrina expresada por Warren y Brandeis, debe destacarse la importancia de este derecho como condición y garantía del sistema democrático. En esta línea, Saldaña Díaz pone de relieve que “[s]i una vida privada al amparo de injerencias no deseables permite el libre desarrollo de la personalidad, si la protección de la privacidad fomenta el desarrollo de la autonomía individual y la autodeterminación personal, aspectos todos que en última instancia promueven una ciudadanía más activa y participativa, su protección es igualmente un criterio determinante del carácter democrático de una sociedad”¹⁰⁵⁴. Esta noción que se plantea de manera general cobra valor también en el ámbito de las relaciones laborales, pues “si la intimidad y privacidad se entiende de un modo complejo y compuesto -tanto como derecho a la reserva y secreto como derecho a la autonomía-, entonces, no sólo opera como un límite al poder empresarial, sino, además, puede proveer de un potente resguardo al pluralismo social, en el sentido del respeto a los modos de vida que cada uno desee sostener, particularmente los trabajadores”¹⁰⁵⁵.

El derecho a la intimidad o más ampliamente los derechos asociados a privacidad son reconocidos, aunque con algunas diferencias, en los ordenamientos internos de España y Chile.

En el caso del ordenamiento español, el artículo 18 de la Constitución española garantiza “el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, la inviolabilidad del domicilio¹⁰⁵⁶ y “el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. Agrega el artículo

¹⁰⁵³ GUTIÉRREZ PÉREZ: *Ciudadanía en la empresa*, pp.220-225.b

¹⁰⁵⁴ SALDAÑA DÍAZ: “«The right to privacy». La génesis de la protección de la privacidad...”, p.236.

¹⁰⁵⁵ UGARTE CATALDO, José Luis: “Privacidad, trabajo y derechos fundamentales”, en *Estudios constitucionales*, 2011, vol.9, n.1, p.20. Poniendo de relevancia el lugar de la empresa como espacio social, el citado autor se pregunta “¿cómo podrá un ciudadano construir y sostener en el espacio público de la deliberación democrática el discurso de la diferencia -en particular, de las minorías sexuales, religiosas, culturales- si en el espacio más relevante de las sociedades modernas -el trabajo- esas diferencias son reprimidas y sujetas a la coacción del empleador?” (*Ibidem*, p.21).

¹⁰⁵⁶ Dispone que “[n]inguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”.

18.4 que “[l]a ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Conforme al reconocimiento constitucional del derecho a la intimidad y explicitando la vinculabilidad del mismo en la relación de trabajo, el artículo 4.2. e) del Estatuto de los Trabajadores dispone que los trabajadores tienen derecho “[a]l respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad...”¹⁰⁵⁷. En concordancia con ello, el artículo 20.3 ET, si bien faculta al empresario para “adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”, exige que ello se efectúe “guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana...” y, en conformidad al artículo 20.2 ET, con sometimiento a las “exigencias de la buena fe”. Se ha destacado por la doctrina que en el citado precepto “subyace más la idea de respaldar o fundamentar los poderes empresariales, dato perceptible en la generosidad con que se regula la facultad del empresario de implantar sistemas de control de la actividad empresarial, que la de garantizar el desarrollo y la efectividad del derecho a la intimidad y la dignidad personal del trabajador”¹⁰⁵⁸. Existen otras disposiciones en el Estatuto de los Trabajadores que también se vinculan a este derecho, a las cuales nos referiremos más adelante¹⁰⁵⁹. Existen también normas que, siendo generales, resultan aplicables en el ámbito de las relaciones de trabajo¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁷ Señala que en esta consideración de la dignidad está “comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”, temáticas a las que nos referimos en el apartado correspondiente a la discriminación.

¹⁰⁵⁸ CAMAS RODA: “La intimidad y la vida privada del trabajador...”, p.162.

¹⁰⁵⁹ Así, el artículo 64.5 f) ET se refiere al derecho de los representantes de los trabajadores de emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas, sobre la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo¹⁰⁵⁹. El artículo 8. 3 a) ET restringe el contenido de la información que el empresario entrega a la representación legal de los trabajadores en la copia básica de los contratos que deban celebrarse por escrito en relación con aquella pudiera afectar a la intimidad¹⁰⁵⁹. El artículo 16 ET, a propósito del ingreso al trabajo dispone que las agencias de colocación “en sus actuaciones deberán respetar la intimidad y dignidad de los trabajadores”, junto con “cumplir la normativa aplicable en materia de protección de datos”.

¹⁰⁶⁰ Entre ellas se puede mencionar la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Hay quienes negarían la aplicabilidad de esta ley a las relaciones laborales, en virtud de la especialidad del Estatuto de los Trabajadores frente a la generalidad de la citada ley. Por el contrario, se ha afirmado que tal especialidad “no implica la supresión de las garantías de ésta en el seno de la relación de trabajo, sino, a lo sumo, la necesaria modulación de sus contenidos para ajustarlos a la especialidad de la dinámica de la relación de trabajo, a la inserción del trabajador en la organización productiva puesta en ser por el empresario y al origen voluntario de esa inserción, que en buena medida, como veremos, relativiza la contundencia de las prohibiciones de la LO 1/82, cuanto menos en la jurisprudencia de nuestros Tribunales” (FERNÁNDEZ LÓPEZ: “La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo”, s/p).

En el caso de Chile, el artículo 19 núm. 4° CCh asegura “[e]l respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”. Separadamente el núm. 5° del mismo artículo asegura “[l]a inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”, disponiendo que “[e]l hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”¹⁰⁶¹.

El Código del Trabajo dispone en su artículo 5°, desde la reforma laboral de la ley núm. 19.759, de 5 de octubre de 2001, que “el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”. Idéntica disposición se consagra en el artículo 183-Y del mismo Código, respecto del ejercicio de las facultades que la ley le reconoce a la usuaria¹⁰⁶² en la modalidad de contrato de servicios transitorios. Por su parte, el artículo 154 bis del CT, introducido por la citada ley 19.759, determina que el empleador “deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral”, mientras que el artículo 183-Y lo dispone para la usuaria, tratándose del contrato de servicios transitorios.

Podemos mencionar también la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal cuyo objeto es “garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”.

¹⁰⁶¹ Conforme al artículo 20 CCh, el que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, núm. 4° y 5°, dispone de la acción constitucional de protección, cuyo objeto es que los tribunales puedan restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Esta acción, de acuerdo a lo dispuesto por la propia Constitución, puede ejercerse sin perjuicio de los demás derechos que se puedan hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Por su parte, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 485 del CT, el procedimiento de tutela laboral se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral que afecten algunos de los derechos fundamentales de los trabajadores consagrados en artículo 19 CCh, entre los que se consideran los del núm. 4° y del núm. 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.

¹⁰⁶² Usuaria es “toda persona natural o jurídica que contrata con una empresa de servicios transitorios, la puesta a disposición de trabajadores para realizar labores o tareas transitorias u ocasionales, cuando concurra alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 183-Ñ de este Código”.

3.3.1.2. *El derecho a la vida privada en instrumentos internacionales y supranacionales*

En el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se dispone que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación”, mientras que en el artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en similar tenor habla de “injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia” y de “ataques ilegales a su honra y reputación”. En ambos instrumentos internacionales se reconoce a toda persona el derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

A nivel regional, como adelantáramos, el artículo 8 del Convenio Europeo consagra respecto de toda persona el “derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”¹⁰⁶³. Si bien prohíbe la injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, la admite excepcionalmente si está prevista por la ley y constituye “una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”¹⁰⁶⁴. Que se señale que no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo previsión legal, no significa que los privados sí puedan tenerla, puesto que el derecho ha sido consagrado en el artículo 8.1 en términos amplios y lo que efectúa el artículo 8.2 es, a partir de la prohibición, establecer las exigencias para la excepción.

Debemos tener presente que el Tribunal recuerda, en la STEDH asunto Söderman c. Suecia, núm. 5786/08, de 12 de noviembre de 2013 que, si bien el artículo

¹⁰⁶³ Cabe destacar que el Tribunal Europeo le ha dado un amplio sentido al derecho al respeto de la vida familiar, que va mucho más allá que el mero resguardo de un espacio de privacidad. Sobre esta jurisprudencia, que aborda el concepto material de familia, medidas de tutela, adopción y visita, la relación entre vida familiar y medio ambiente y otros campos de aplicación, *vid* SANTOLAYA MACHETTI: “Derecho a la vida privada y familiar...”, pp.493 y ss. Otro aspecto que ha tenido un tratamiento desde la perspectiva del respeto a la vida privada es el relativo a la homosexualidad, en relación con la no discriminación.

¹⁰⁶⁴ *Vid.* CAMAS RODA, Ferrán: “La intimidad y la vida privada del trabajador, p.163.

8 tiene por objeto esencialmente proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, no sólo obliga al Estado a abstenerse de tal interferencia, pues a esta dimensión negativa se suman obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar, explicitando que “[e]lles peuvent impliquer l’adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux”¹⁰⁶⁵.

Por su parte, el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantiza a toda persona el “derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”¹⁰⁶⁶. Complementariamente, el artículo 8 de la Carta se refiere al “derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan”, disponiendo que “[e]stos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley” y que “[t]oda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación”¹⁰⁶⁷.

Por su parte, la Convención Americana (Pacto de San José), en su artículo 11 consagrará respecto de toda persona el “derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”, disponiendo que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. Asociado a tal consagración, se reconoce a toda persona el “derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

En las normas internacionales del trabajo de la OIT es posible encontrar varias disposiciones que se refieren al derecho a la privacidad de los trabajadores. Entre ellas

¹⁰⁶⁵ Vid., entre otras, STEDH asunto Airey c. Irlanda, núm. 6289/73, de 9 de octubre de 1979.

¹⁰⁶⁶ Se ha señalado que “[l]a Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea parece ir en el mismo sentido que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, destacándose que “[e]l concepto de secreto de correspondencia se ha ampliado para convertirse en un concepto de nueva generación: el «secreto de las comunicaciones», con el fin de reconocer a las comunicaciones electrónicas el mismo nivel de protección del que se beneficia el correo tradicional.” (GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS - ARTÍCULO 29: Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, 5401/01/ES/Final WP 55, disponible en línea en: ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2002/wp55_es.pdf, p.10).

¹⁰⁶⁷ Sobre el tratamiento de datos personales del trabajador resulta relevante la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995. Al respecto, es necesario considerar documentos especialmente relacionados con el ámbito laboral emanados del Grupo de Trabajo del Ar.29, a los que haremos referencia más adelante.

podemos mencionar el Convenio núm. 181, sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (artículo 6, sobre tratamiento de datos de los trabajadores); Protocolo de 2002 relativo al Convenio núm. 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores (artículo 3, confidencialidad de los datos personales y médicos); Convenio núm. 185 sobre los documentos de identidad de la gente de mar (revisado), 2003 (artículos 3 y 4, documentación del marino y privacidad); Convenio núm. 188, sobre el trabajo en la pesca, 2007 (anexo III, en lo relativo a la privacidad de dormitorios e instalaciones sanitarias); Convenio núm. 189, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (artículo 6, condiciones de vida que respeten su privacidad), y el Convenio núm. 179 sobre la contratación y la colocación de la gente de mar, 1996 (artículo 4, datos personales de la gente de mar y protección de la vida privada y de la confidencialidad)¹⁰⁶⁸.

Si bien no establece obligaciones para los estados miembros, es un instrumento de referencia el “Repertorio de Recomendaciones prácticas de la OIT sobre Protección de los Datos Personales de los Trabajadores.

3.3.1.3. Sobre la constelación de derechos en torno a la vida privada y en particular acerca del tratamiento de datos personales del trabajador

En la normativa constitucional, como hemos podido apreciar en el caso de Chile y España, suele tratarse el derecho a la intimidad junto a otros, como son el derecho al secreto o inviolabilidad de las comunicaciones, el derecho a la autodeterminación informativa, el derecho a la propia imagen y el derecho al honor. Estos derechos, evidentemente conexos con el derecho a la intimidad, en tanto aluden a la autodeterminación personal, a la definición de la propia identidad y a la percepción que los demás puedan tener del individuo, presentan rasgos particulares que permiten diferenciarlos. Aunque, como advierte la doctrina, “no se encuentran tan profundamente separados, ya que todos ellos constituyen proyecciones de la dignidad humana”, origen común que explica “los estrechos lazos que en determinados aspectos de su régimen

¹⁰⁶⁸ *Vid.* al respecto las siguientes recomendaciones: sobre la vivienda de los trabajadores, 1961 (núm. 115); sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (núm. 171); sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 190); sobre el trabajo en la pesca, 2007 (núm. 199); sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 184); sobre contratación y la colocación de la gente de mar, 1996 (núm. 186); y sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200).

jurídico dichos derechos guardan entre sí, dificultando el deslinde entre las instituciones de uno y otro y en ocasiones dando al derecho a la intimidad una matización propia que justifica su evolución”¹⁰⁶⁹. A este respecto se ha dicho que “[c]abe hablar de un derecho a la intimidad en un sentido estricto y específico, y un derecho a la intimidad en un sentido genérico y abierto como «constelación de derechos» vinculados a la tutela de la persona y de su dignidad”¹⁰⁷⁰.

El derecho al secreto o inviolabilidad de las comunicaciones y el derecho a la autodeterminación informativa son derechos que trataremos más adelante a propósito de algunas medidas empresariales que pueden tener un potencial pluriofensivo, en el sentido que podrían implicar restricciones tanto al derecho a la intimidad en sentido estricto como a aquellos derechos. Por su parte, respecto del derecho a la propia imagen y el derecho al honor, considerando sus particularidades, con posterioridad efectuaremos un tratamiento separado.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, nos ha parecido necesario avanzar aquí algunos conceptos en relación al tratamiento de los datos personales del trabajador.

Hemos señalado que los datos privados del trabajador a los que el empleador tiene acceso con ocasión de la relación laboral han de ser adecuadamente tratados¹⁰⁷¹ y permanecer en la debida reserva. Por datos personales podemos entender “todo tipo de información relacionada con un trabajador identificado o identificable” y el tratamiento “incluye el acopio, la conservación, la combinación, la comunicación o cualquier otra forma de utilización de datos personales”¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ: “La intimidad del trabajador y su tutela...”, s/p.

¹⁰⁷⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: “Intimidad del trabajador y contrato de trabajo”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 8, año XX, Tomo 1, 2004, s/p (versión electrónica en www.laleydigital.es).

¹⁰⁷¹ Así, “el tratamiento de datos personales de los trabajadores debería efectuarse de manera ecuaníme y lícita y limitarse exclusivamente a asuntos directamente pertinentes para la relación de empleo del trabajador” (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT): *Protección de los datos personales de los trabajadores Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1997, núm.5.1).

¹⁰⁷² OIT: *Protección de los datos personales*, núm. 3.1 y 3.2, respectivamente.

Según el artículo 2 a) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, “se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios ele-

Como adelantáramos, la evolución de la tecnología y su utilización no sólo se ha constituido en una amenaza al derecho a la intimidad en su dimensión negativa de no injerencia, sino también ha implicado el reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa, el que “supone controlar las informaciones que afectan a la persona y a evitar un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos”¹⁰⁷³. Si bien es cierto que como todo derecho fundamental, puede ser limitado en razón de otro derecho o bien constitucionalmente protegido, es preciso consignar, como lo hace la OIT, que tales limitaciones tienen como frontera el que “[l]os trabajadores no pueden renunciar a su derecho a proteger su vida privada”¹⁰⁷⁴.

Por mucho tiempo el derecho al control activo y a la protección de la información del trabajador se ha entendido estrechamente ligado al derecho a la intimidad, pero hay quienes han cuestionado que no se le ha prestado la debida atención en su entidad propia. Entre ellos, Goñi Sein ha afirmado que “no hay duda de que diversas son las tensiones que recorren hoy el entramado de intereses del vínculo contractual, siendo particularmente significativa la necesidad del trabajador de controlar el uso y la circulación de los propios datos personales y, por tanto, mantener el control sobre las informaciones que le conciernen”¹⁰⁷⁵. La STCE 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, afirma que el derecho fundamental a la protección de datos, aunque afín al derecho fundamental a la intimidad, es distinguible y su peculiaridad radica “en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran”.

mentos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social” (la misma regulación puede verse en el art. 2 del Reglamento CE núm. 45/2001 del Parlamento Europeo.

La misma Directiva, en el artículo 2 b) define el tratamiento con una descripción más detallada de las conductas, señalando que consiste en “cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción”.

¹⁰⁷³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: “Intimidad del trabajador y contrato de trabajo”, s/p. Este autor señala que la llamada libertad informática “es un derecho a controlar las informaciones que se almacenan en el ordenador y al acceso, la rectificación y la cancelación de las mismas y de protección frente a potenciales agresiones a la esfera privada de la persona derivadas del uso ilegítimo de la informática”, destacando que es un derecho “que resulta del art. 18.4 CE y que ha consagrado la Carta de Niza que reconoce el derecho de todo individuo a la protección de los datos personales que le conciernen” (*Ibidem*).

¹⁰⁷⁴ OIT: *Protección de los datos personales*, núm. 5.13.

¹⁰⁷⁵ GOÑI SEIN: “Los criterios básicos de enjuiciamiento...”, p.82.

Desde la perspectiva de la autodeterminación informativa sobre los datos personales, el trabajador tiene derecho a saber qué información se maneja acerca de él¹⁰⁷⁶, conocer mediante qué medios se registra y en qué soporte ella se conserva, acceder a la información almacenada, estar al tanto de cuál es el uso que se le da misma, y, en su caso, poder oponerse a su posesión, utilización y comunicación ilegítimas o ilícitas.

Cuando se plantea el tema del control de los datos del trabajador, aparece como una evidente y seria amenaza para los trabajadores la circulación de sus datos entre diversas empresas, su difusión a terceros¹⁰⁷⁷ o el acceso no autorizado de los empleadores a bases de datos con información de sus trabajadores, la que muchas veces no se limita a aspectos necesarios para la gestión de la empresa, sino que permite la construcción del perfil de identidad de la persona del trabajador y que, en base al mismo, se tomen decisiones empresariales perjudiciales para él¹⁰⁷⁸. En esta línea, la OIT plantea que “[t]odas las personas tales como los empleadores, los representantes de los trabajadores, las agencias de colocación y los trabajadores que tengan acceso a los datos

¹⁰⁷⁶ Entre los principios generales en materia de protección de los datos personales de los trabajadores, la OIT ha señalado “[l]os trabajadores y sus representantes deberían ser informados de toda actividad de acopio de datos, de las reglas que la gobiernan y de sus derechos” (OIT: *Protección de los datos personales*, núm. 5.8).

¹⁰⁷⁷ Aunque se refiere a una disposición legal, es interesante considerar la STJUE asuntos acumulados Rechnungshof c. Österreichischer Rundfunk y otros, Christa Neukomm, y Joseph Lauermann c. Österreichischer Rundfunk, C-465/00, 138/01 y C-139/01, de 20 de mayo de 2003, la cual se pronuncia frente a una norma relativa a la divulgación de datos sobre los ingresos de empleados, a propósito de la obligación establecida para ciertas entidades sujetas al control público de comunicar las retribuciones y pensiones superiores a un nivel determinado, así como el nombre de los beneficiarios, información que puede ponerse a la disposición del público en general. Señala el Tribunal que las disposiciones de la Directiva 95/46 “no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en los asuntos principales, siempre que se demuestre que la amplia divulgación no sólo del importe de los ingresos anuales, cuando éstos superan un límite determinado, de las personas empleadas por las entidades sujetas al control del Rechnungshof, sino también de los nombres de los beneficiarios de dichos ingresos, es necesaria y apropiada para lograr el objetivo de buena gestión de los recursos públicos perseguido por el constituyente, extremo que ha de ser comprobado por los órganos jurisdiccionales remitentes”, aunque advierte que, en cualquier caso, no cabe interpretar las disposiciones de la Directiva “en el sentido de que puede legitimar una lesión del derecho al respeto de la vida privada, contraria al artículo 8 del CEDH”. Es decir, en definitiva, deja a los tribunales nacionales apreciar la proporcionalidad de esta medida legislativa, haciendo presente los límites que impone el Convenio Europeo. Debemos destacar de esta sentencia la claridad con la que establece que la información laboral de los trabajadores, en este caso el monto de sus remuneraciones, se encuentra amparada por el derecho a la vida privada, aunque en la especie se admitan eventuales limitaciones en razón de otros derechos.

¹⁰⁷⁸ Se advierte que “el tratamiento de informaciones permite que el sujeto no sólo no se entere de que está siendo objeto de indagación sobre hechos íntimos de su vida mediante la utilización de una información incompleta, sino que desconozca que es objeto, además, de discriminación con base en supuestas características o comportamientos anormales detectados a través de la información elaborada” (GOÑI SEIN: “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo...”, p.52).

personales de los trabajadores deberían tener una obligación de confidencialidad, de acuerdo con la realización de sus tareas y el ejercicio de los principios enunciados en el presente repertorio” y que “[e]l tratamiento de datos personales no debería conducir a una discriminación ilícita en materia de empleo u ocupación”¹⁰⁷⁹.

También conciernen a este derecho algunos mecanismos de vigilancia o control que no sólo pueden constituir un eventual riesgo para la intimidad en sentido estricto, sino también pueden llegar a afectar la protección de datos, cuando a su captura sigue el almacenamiento y conservación de los mismos. Así, por ejemplo, la videovigilancia de un trabajador no sólo podría violar su intimidad al capturar imágenes de éste vulnerando su expectativa de privacidad, sino que, en la medida que se conserven esas imágenes, existirá un tratamiento de datos de la persona del trabajador. Lo mismo podría suceder con los datos de un sistema de geolocalización que utilice una empresa. A este respecto se debe tener en consideración que, “[e]n principio, los datos personales deberían utilizarse únicamente con el fin para el cual hayan sido acopiados” y que “[c]uando los datos personales se exploten con fines distintos de aquéllos para los que fueron recabados, el empleador debería cerciorarse de que no se utilizan de un modo que sea incompatible con esa finalidad inicial y adoptar las medidas necesarias para evitar toda interpretación errada por causa de su aplicación en otro contexto”¹⁰⁸⁰. Concretamente, “[l]os datos personales reunidos en función de disposiciones técnicas o de organización que tengan por objeto garantizar la seguridad y el buen funcionamiento de los sistemas automatizados de información no deberían servir para controlar el comportamiento de los trabajadores”¹⁰⁸¹. El control disciplinar de los trabajadores en ningún caso puede quedar entregado exclusivamente a la información que pudiera acopiarse en los sistemas tecnológicos de los que disponga el empleador¹⁰⁸².

En el ámbito del Consejo de Europa, cabe tener presente el Convenio núm. 108, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981, el cual tiene por objeto garantizar “el respeto

¹⁰⁷⁹ OIT: *Protección de los datos personales*, núm. 5.12 y 5.10, respectivamente.

¹⁰⁸⁰ OIT: *Protección de los datos personales*, núm. 5.2 y 5.3, respectivamente.

¹⁰⁸¹ *Ibidem*, núm. 5.4.

¹⁰⁸² Así, “[l]as decisiones relativas a un trabajador no deberían basarse exclusivamente en un tratamiento informático de los datos personales que a él se refieran” y “los datos personales obtenidos por medios de vigilancia electrónica no deberían ser los únicos factores de evaluación profesional del trabajador” (OIT: *Protección de los datos personales*, núm. 5.5 y 5.6).

de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona («protección de datos»)¹⁰⁸³. El mencionado convenio tiene como ámbito de aplicación los tratamientos automatizados de datos de carácter personal no sólo en el sector público, sino también en el privado.

A su vez, en la Unión Europea debe destacarse la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Esta Directiva precisa y amplía los principios de la protección de los derechos y libertades de las personas y, en particular, del respeto de la intimidad, del Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento automatizado de los datos personales. La mencionada Directiva es aplicable en el ámbito de las relaciones laborales¹⁰⁸³. El Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos - Artículo 29 de la Directiva 95/46/CE ha señalado que, “sin lugar a dudas, las disposiciones relativas a la protección de datos se aplican al control y la vigilancia de los trabajadores, en lo referido al uso de correo electrónico, acceso a Internet, cámaras de video o datos de localización”¹⁰⁸⁴.

En España se preguntaron hace años si el derecho a la autodeterminación informativa, consagrado en el artículo 18.4 CE, está incluido en el derecho a la intimidad y agota en él todas sus dimensiones o debe considerarse como derecho fundamental autónomo¹⁰⁸⁵. En Chile, este derecho no ha sido consagrado en la Constitución explícitamente, aunque ha sido desarrollado legislativamente, entendido

¹⁰⁸³ Vid. GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS - ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE, documentos de trabajo WP 48, *Dictamen 8/2001, sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral*; WP 55, *Relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo* y WP 89, *Dictamen 4/2004 relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara*, disponibles en línea en http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm [citado en mayo de 2015].

¹⁰⁸⁴ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS - ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE, documentos de trabajo WP 48, *Dictamen 8/2001, sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral*, disponible en líneas en http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2001/wp48_fr.pdf#h2-15 (traducción propia) [citado en mayo de 2015].

¹⁰⁸⁵ Vid. REY GUANTER, Salvador del: “Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la «intimidad informática» del trabajador”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 1993, pp.135-160.

como una dimensión del derecho a la vida privada¹⁰⁸⁶. Caracterizándose el derecho a la intimidad por la facultad de exclusión de los demás, es evidente que constituyen vulneraciones del mismo “la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos” (STCE 186/2000, de 10 de julio). No obstante, también es posible considerar la autodeterminación informativa con autonomía a la intimidad. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional de España, al señalar en su sentencia 290/2000, de 30 de noviembre, que ella “garantiza a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales”, en tanto “confiere a su titular un haz de facultades que son elementos esenciales del derecho fundamental a la protección de los datos personales, integrado por los derechos que corresponden al afectado a consentir la recogida y el uso de sus datos personales y a conocer los mismos”¹⁰⁸⁷. Agrega la citada sentencia, que integran ese haz, “para hacer efectivo ese contenido, el derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos”. Al respecto, la doctrina coincide en que “[h]ay, así, una vertiente positiva de la relación jurídica del tratamiento de datos no cubierta por el derecho a la intimidad, que consiste en la autodeterminación informativa”¹⁰⁸⁸. Este derecho, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional español, en la STCE 29/2013, de 11 de febrero, “persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado”.

Cabe destacar como normativa legal de desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución española, inicialmente, a la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, la que sería sustituida posteriormente por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Esta última, con claridad tiene por objeto es “garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las

¹⁰⁸⁶ *Vid.* Ley 19628, publicada en Diario Oficial de 28 de agosto de 1999, sobre Protección de Datos de Carácter Personal. El año 2008 se presentó un Proyecto de Reforma Constitucional con el objeto de consagrar como garantía constitucional la protección de los datos personales (Boletín núm.5883-07), el que no ha sido a la fecha aprobado.

¹⁰⁸⁷ Cabe consignar que el artículo 18.4 CE sólo establece que “[l]a ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. El desarrollo de este derecho ha tenido lugar a partir de su interpretación por parte de la jurisprudencia constitucional.

¹⁰⁸⁸ GOÑI SEIN: “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo...”, p.53.

libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”. Se reconoce en esta última ley “un paso definitivo en el reconocimiento de la especificidad del derecho a la protección de datos”¹⁰⁸⁹.

3.3.2. Algunas cuestiones sobre el control empresarial y la privacidad de los trabajadores

Hemos señalado que las relaciones laborales constituyen un espacio potencialmente conflictivo para el ejercicio del derecho a la intimidad o a la vida privada. A continuación revisaremos algunas cuestiones en las cuales está implicada la privacidad del trabajador y en torno a las cuales puede producirse una tensión con los poderes empresariales. En concreto, pasaremos revista a los registros sobre la persona del trabajador y sus efectos personales, los sistemas tecnológicos de vigilancia en el trabajo y el control empresarial de las comunicaciones del trabajador.

3.3.2.1. Registros sobre la persona del trabajador y sus efectos personales

Un ámbito en el que puede producirse un enfrentamiento entre las facultades empresariales de control y la privacidad del trabajador es el relativo a los registros que el empleador eventualmente pretenda realizar sobre la persona del trabajador y sus efectos personales. Es razonable que el trabajador tenga una expectativa de privacidad sobre su cuerpo, su vestimenta y sus efectos personales, entendiendo que al respecto está vedada la injerencia del empleador. Sin embargo, los empresarios, por razones de seguridad o de protección del patrimonio, reclaman para sí facultades para efectuar tales registros. En algunos ordenamientos se admiten medidas de control de este tipo por parte del empleador, bajo determinados supuestos y con ciertas condiciones, mientras que en otros son rechazadas.

Al respecto, resulta interesante considerar la STEDH en asunto *Peev c. Bulgaria*, núm. 64209/01, de 26 julio de 2007. Esta se refiere al registro de la oficina, en particular del escritorio y archivadores, de un empleado público por disposición de sus superiores,

¹⁰⁸⁹ *Ibidem*, p.56.

fruto de cual se hallaron una serie de efectos personales, de los que se elaboró un inventario muy detallado (incluía medicamentos, discos compactos con material personal, notas, cuadernos, diplomas, fotografías personales, libros y documentos personales, incluidos algunos de carácter médico). Al respecto, el Tribunal realiza un análisis desde la perspectiva de la expectativa razonable de privacidad y concluye que el demandante la pudo tener, si no en relación con la totalidad de su oficina, al menos con respecto a su escritorio y sus archivadores, lo que quedaba demostrado precisamente el gran número de objetos personales que él guardaba allí. Para el TEDH la conducta del empleado es habitual en las relaciones laborales y no hay nada en las circunstancias particulares del caso desalentador de la misma, por lo que sus expectativas eran justificadas. Por ello, debe ser considerada como una injerencia en su vida privada una búsqueda que se extendió a su escritorio y archivadores. Si bien la sentencia citada se refiere al caso de un empleado público, el criterio del mencionado tribunal es plenamente aplicable a las relaciones laborales entre particulares. Entonces, en principio, a la luz de esta sentencia, en el lugar de trabajo no cabría el registro por parte del empleador de espacios que pudieran contener objetos personales del trabajador y respecto de los cuales pudiese existir una razonable expectativa de privacidad.

Cabe destacar que en la sentencia citada se señala que en este caso no existen circunstancias particulares que pudieran desalentar tal expectativa de privacidad, tales como un reglamento o política declarada de los empleadores que prohíba o desaliente la utilización de tales espacios para el almacenamiento de efectos personales. Es posible entender que, si existen tales reglamentos o políticas, las expectativas de privacidad basadas en que dichos espacios no serán objeto de registro no estarían justificadas. Sin embargo, creemos que ello no autorizaría a que el empleador que se encuentra con objetos personales del trabajador, en el marco de ese registro, pueda proceder libremente a su inspección.

En el caso de España, el artículo 18 ET, relativo a la inviolabilidad de la persona del trabajador, regula estas materias, estableciendo que “[s]ólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo”, disponiendo que “[e]n su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del

trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible”¹⁰⁹⁰. Esta autorización legal al empleador, en ciertas hipótesis y bajo ciertas condiciones¹⁰⁹¹, es bastante excepcional y claramente implica una amenaza a la privacidad del trabajador. Este tema resulta particularmente sensible cuando se trata del registro de la persona del trabajador, resultando inadmisibles las medidas humillantes o degradantes¹⁰⁹².

Es posible entender que este artículo implícitamente está estableciendo como regla general la prohibición de efectuar estos registros, y autorizando, excepcionalmente que estos puedan llevarse a cabo¹⁰⁹³, los que consistirán en “inspecciones que tengan por finalidad la tutela del patrimonio”¹⁰⁹⁴. Al disponerse que en su realización “se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador”, se está consagrando la noción de intervención mínima o de menor sacrificio. Como señala Roqueta Buj, debe destacarse que, en relación con los registros que autoriza, “no sólo especifica las condiciones de aplicación en un determinado ámbito de la facultad *in genere* recogida en el artículo 20.3 ET, sino que, además, establece una excepción a la inicial discrecionalidad que caracteriza la elección del medio de control en este precepto”¹⁰⁹⁵.

La sentencia del Tribunal Supremo español (en adelante, STS), núm. 2007/7514, de 26 septiembre 2007, coincide con la jurista recién citada en el carácter extraordinario de las potestades que otorga el artículo 18 ET, aunque la desvincula de las prerrogativas del empresario *ex* artículo 20.3. Afirma el fallo que aquel artículo “está atribuyendo al empresario un control que excede del que deriva de su posición en el contrato de trabajo y que, por tanto, queda fuera del marco del artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores”, de modo que, “[e]n los registros el empresario actúa, de forma

¹⁰⁹⁰ Este artículo del Estatuto de los Trabajadores español tiene como antecedente el artículo 6 del *Statuto dei Lavoratori* italiano. Sobre su contenido y el debate de Constitucionalidad que se produjo en torno al mismo, *vid.* MARTÍNEZ FONS: *El poder de control del empresario...*, pp.279-280.

¹⁰⁹¹ Sobre la limitación a la discrecionalidad de este control *vid.* MARTÍNEZ FONS: *El poder de control del empresario...*, p.292.

¹⁰⁹² Se constata que en los países en que se permite el registro personal del trabajador, en general se rechaza las medidas que exijan desnudarse al trabajador, aunque se llega a admitir en situaciones muy excepcionales (*Vid.* MARTÍNEZ FONS: *El poder de control del empresario...*, pp.335-336).

¹⁰⁹³ *Vid.* DURÁN LÓPEZ, Federico: “Artículo 18. Inviolabilidad de la persona del trabajador”, en BORRAJO DACRUZ, Efrén: *Comentarios a las Leyes Laborales. Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid, 1983, Tomo IV, p.536.

¹⁰⁹⁴ MARTÍNEZ FONS: *El poder de control del empresario...*, p.300.

¹⁰⁹⁵ ROQUETA BUJ: “El derecho a la intimidad de los trabajadores...”, p.409.

exorbitante y excepcional, fuera del marco contractual de los poderes que le concede el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores y, en realidad, como ha señalado la doctrina científica, desempeña, no sin problemas de cobertura, una función de «policía privada» o de «policía empresarial» que la Ley vincula a la defensa de su patrimonio o del patrimonio de otros trabajadores de la empresa”.

Compartimos las observaciones doctrinales a la concesión por este artículo de facultades cuasi policiales al empresario. La disposición del artículo 18 ET es de dudosa constitucionalidad¹⁰⁹⁶ y puede contravenir la normativa internacional al respecto. Cabe destacar, especialmente, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que al consagrar el “derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”, sólo admite excepcionalmente la injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho y exige que ello esté previsto por la ley y que constituya una medida necesaria en una sociedad democrática, para la salvaguardia de determinados bienes jurídicos que señala y la protección de los derechos y las libertades de los demás. Es cierto que en este caso la injerencia está prevista en la ley, pero el empresario, por poderoso que sea, no es ni puede ser considerado como una autoridad pública¹⁰⁹⁷.

Esta posibilidad de registro, en tanto facultad excepcionalísima otorgada por la ley, es de aplicación estricta y no cabe extenderla a otras hipótesis no previstas por la ley. En este sentido, la discusión en torno a qué está incluido dentro de lo que puede registrarse se ha centrado en delimitar el ámbito objetivo de las expresiones “taquillas” y “efectos particulares”. Respecto de estos últimos, existe una interpretación amplia, mayoritaria en la doctrina y presente en la jurisprudencia, que entiende por tales a “todos aquellos que previamente hayan sido introducidos por el trabajador en el centro de trabajo y sobre los que individuo pueda hacer uso personal, con independencia de la titularidad de la propiedad y de la disponibilidad que sobre los mismos tuviera el trabajador en el momento del registro”¹⁰⁹⁸. Por su parte, la expresión taquillas se refiere

¹⁰⁹⁶ Ya hace tiempo se han manifestado diversos autores en ese sentido. *Vid.* GOÑI SEIN, José Luis: *El respeto a la esfera privada...*, p.184, y DEL VALLE Y VILLAR, José Manuel “El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo en el ordenamiento laboral español”, en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (Ed.): *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, p.176. A las observaciones sobre aspectos de fondo, se suman las formales, en tanto que tratándose de restricciones a los derechos fundamentales, estas debieran estar establecidas por ley orgánica.

¹⁰⁹⁷ En este sentido, *vid.* GOÑI SEIN: *El respeto a la esfera privada...*, p.180.

¹⁰⁹⁸ MARTÍNEZ FONS, Daniel: “Art.18 Inviolabilidad de la persona del trabajador”, en REY GUANTER, Salvador del: *Estatuto de los trabajadores: comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, Segunda

al “armario donde el trabajador guarda sus prendas y otros objetos personales, bajo llave que él mismo tiene”¹⁰⁹⁹ y respecto de ellas, “el trabajador goza de una expectativa de intimidad frente a cualquier intromisión empresarial”¹¹⁰⁰.

Es importante consignar que, en tanto la ley concede esta facultad al empresario y en la medida que se ejerza en las hipótesis y bajo las condiciones previstas legalmente, no cabría una oposición del trabajador. Con todo, “dichos registros no pueden realizarse contra la voluntad del trabajador, esto es, valiéndose de la fuerza física para forzar los lugares, los efectos personales objeto de registro, ni, por supuesto, la misma persona del trabajador”¹¹⁰¹. En caso de negativa del trabajador, el empleador podrá tomar las medidas disciplinarias que correspondan y, eventualmente, recurrir a la autoridad pública. Con todo, como señala Martínez Fons, “cualquier sanción impuesta al trabajador en razón del incumplimiento de la orden de someterse al registro nunca debe ser de igual gravedad de las que eventualmente resultarían de constatarse el incumplimiento que motivó la adopción legítima de la medida de registro”, como tampoco cabría “admitir que el rechazo a someterse a la práctica de la medida sea suficiente para considerar que el trabajador ha incurrido en la conducta que se halla en la base de la actuación empresarial”¹¹⁰².

En el caso de Chile no se contempla en la ley esta facultad extraordinaria. En su momento, el dictamen de la Dirección del Trabajo N°4.958/219, de 28 de agosto de 1992¹¹⁰³, señaló con claridad que la revisión de efectos personales como la inspección corporal de los trabajadores infringe el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de

Edición, 2007, p.379. En similar sentido, DURÁN LÓPEZ: “Artículo 18. Inviolabilidad de la persona del trabajador”, p.544. Si citan al respecto, las SSTS núm. 5049/1990, de 11 de junio de 1990, sobre un vehículo motorizado, y núm. 5531/1990, de 28 de junio de 1990, sobre bolsas que portaba el trabajador, junto a la STSJ de Murcia AS 3487/1993, de 20 de julio de 1993, y STSJ de Cantabria AS 4887/1994, de 14 de diciembre de 1994, ambas sobre registros de bolsos.

¹⁰⁹⁹ GOÑI SEIN, José Luis: *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Civitas, Madrid, 1988, p.171.

¹¹⁰⁰ MARTÍNEZ FONS: *El poder de control del empresario...*, p.309. Tal expectativa “no guarda relación con la existencia/inexistencia de impedimentos físicos o sistemas de seguridad que dificulten u obstaculicen el acceso directo por parte de empleador (por ejemplo, llaves, combinaciones secretas)”, ni tampoco “parece que pueda depender de la naturaleza de los objetos (íntimos o no) que en tal espacio deposite el trabajador” (MARTÍNEZ FONS: “Art.18 Inviolabilidad de la persona del trabajador”, p.379).

¹¹⁰¹ MARTÍNEZ FONS: “Art.18 Inviolabilidad de la persona del trabajador”, p.378.

¹¹⁰² MARTÍNEZ FONS: *El poder de control del empresario...*, p.340.

¹¹⁰³ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Boletín Oficial N° 44, septiembre de 1992, p.47. Con anterioridad es posible remontarse al dictamen núm. 2449, de 4 de noviembre de 1982, por el que se estableció que la revisión de los efectos personales y la inspección corporal de los trabajadores atenta contra su dignidad y honra.

Chile, el cual, en su inciso 1º, asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia.

Al respecto, la SCS causa rol núm. 5755-2008, de 26 de enero de 2009, expresa la doctrina de este tribunal sobre estos registros, señalando que “han de ser preventivos”, esto significa que “deben estar desvinculados de la investigación de algún hecho concreto, y no han de ser funcionales a alguna investigación que ha de ejecutarse por los órganos de investigación criminal que la ley previene”. Es decir, se rechaza la posibilidad de que el empresario ejerza facultades propias de la policía. Para la Corte Suprema, en tanto formas de prevención, estas medidas “deben aplicarse a través de procesos selectivos objetivos, enteramente despersonalizados, para restar toda intencionalidad y conservar su legitimidad”, además, “han de ser conocidas por los trabajadores, estar incorporadas al reglamento de higiene y seguridad de la empresa, y ejecutarse conforme a sus reglas”, y “han de ser adecuadas para disminuir al riesgo de que se trata, porque de otra manera carecerían de justificación”.

3.3.2.2. *Sistemas tecnológicos de vigilancia y control en el trabajo*

Hace ya tiempo se ha puesto en evidencia el incremento de las posibilidades de vigilancia y control del empleador a partir del avance tecnológico, que ha puesto a disposición del mismo una diversidad de dispositivos que le permiten un intenso monitoreo de la actividad de los trabajadores en la empresa¹¹⁰⁴. Al respecto, se ha advertido el riesgo que ello supone para los derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente en lo relativo al derecho a la vida privada. Como señala Goñi Sein, la introducción de estos dispositivos implica que “[j]unto a la tensión generada por la observación directa, que no ha disminuido, aparece una tensión adicional relacionada con la observación virtual y la permanente puesta a disposición del empresario de las informaciones tecnológicamente adquiridas”¹¹⁰⁵.

¹¹⁰⁴ Estas tecnologías están permitiendo “una sustitución del control periférico, discontinuo y parcial realizado por la jerarquía humana por uno centralizado y objetivo -en cuanto incorporado a la máquina y a su memoria- que se verifica en tiempo real”, junto a “un nuevo y sofisticado tipo de control que consiste en la reconstrucción del perfil del trabajador, a través del almacenamiento y la reelaboración de unos datos aparentemente inocuos” (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL: Francisco: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p.72).

¹¹⁰⁵ GOÑI SEIN, José Luis: “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, en *Revista de derecho social*, núm. 32, 2005, p.79. Este autor advierte que “a la necesidad de limitar las actividades de indagación

Revisaremos a continuación tres asuntos relativos al control tecnológico en el marco de las relaciones de trabajo: sistemas de videovigilancia y de escucha y registro de audio, los sistemas de control informático de la actividad laboral, y de la utilización de sistemas de geolocalización.

- Control mediante dispositivos de audio y video

La utilización de sistemas de videovigilancia y de escucha y registro de audio interior de las empresas, en el marco de las facultades de control del empleador, y la eventual lesión del derecho a la intimidad de los trabajadores ha suscitado importantes conflictos¹¹⁰⁶. Como adelantábamos, tales sistemas hacen que el control empresarial adquiera nuevas dimensiones, que acentúan la relación de subordinación, lo que puede, eventualmente, conducir a abusos¹¹⁰⁷. Estos se pueden producir tanto por la forma en que se implementan y su justificación, como por la utilización que pudiera darse a la información que de ellos se obtenga.

Los cuestionamientos a estos sistemas apuntan tanto a la injerencia en la privacidad, como a la presión que pueden significar para los trabajadores, limitando en exceso la autodeterminación conductual y afectando, de ese modo, a la dignidad personal. El trabajador en la relación laboral se compromete a efectuar determinadas prestaciones, las que ha de efectuar en el tiempo y en el lugar acordado, pero ello no significa que toda su persona esté a disposición del empresario, ni que éste pueda ejercer sobre el mismo una vigilancia permanente y asfixiante. El Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos - Artículo 29 de la Directiva 95/46/CE ha señalado en el Dictamen 4/2004 que “los sistemas de vigilancia por videocámara cuyo objetivo directo es controlar, desde una situación remota, la calidad y la cantidad de las actividades laborales y, por lo tanto, implican el tratamiento de datos personales en este contexto,

acompaña ahora la necesidad de limitar la facultad de utilización de los datos recabados” (*ibidem*, pp.79-80). Este último aspecto lo abordaremos más adelante.

¹¹⁰⁶ Eventualmente la existencia de estos sistemas también podría llegar a afectar otros derechos, como la libertad de expresión, en la medida que la presencia de estos dispositivos de captura y registro inhiba en los trabajadores la libre manifestación de las ideas y la comunicación de información.

¹¹⁰⁷ Vid. MARTÍNEZ FONS: *El poder de control del empresario...*, pp.67 y ss.

por regla general no deberán estar permitidos”¹¹⁰⁸. Se ha destacado por la doctrina científica que la implantación de estos dispositivos se puede traducir “en una mayor vulnerabilidad del sujeto, que termina por sumergirse en un estado de visibilidad permanente, desposeído de cualquier reducto de intimidad, ya que la vigilancia sistemática a la que se ve sometido, acaba por arrebatarle los pocos espacios de aislamiento, respiro o sosiego que puede encontrar en el carácter intermitente del control humano”¹¹⁰⁹.

Similares problemas para la privacidad y la autodeterminación pueden presentar los sistemas audiovisuales de vigilancia cuya instalación y funcionamiento no han tenido por finalidad el control de la actividad laboral, pero que en la práctica implican la captación de imágenes de los trabajadores en los recintos empresariales¹¹¹⁰, aunque la implementación de estos sistemas pueda incluso derivarse no sólo de la defensa de ciertos intereses empresariales, sino de exigencias de la autoridad pública (en razón de la seguridad pública, para la prevención de riesgos laborales, etc.)¹¹¹¹. Esta posibilidad de control laboral indirecto hace necesario imponer ciertas exigencias respecto de las condiciones de instalación y funcionamiento de estos sistemas. En este sentido, el citado Dictamen 4/2004, aunque considera que la situación es diferente en lo que se refiere a los sistemas de vigilancia por videocámara que se utilizan para cumplir requisitos de producción y seguridad laboral, reconoce que ellos, aunque sea indirectamente, también implican el control remoto y han de estar “sujetos a las garantías adecuadas”¹¹¹².

En España, a propósito de la utilización de estos dispositivos tecnológicos en el marco de las relaciones laborales y el derecho a la privacidad, la jurisprudencia inicialmente sostuvo que el espacio en el que el trabajador desempeña su actividad no

¹¹⁰⁸ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS - ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE: *Dictamen 4/2004 relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara*, 11750/02/ES WP 89, disponible en línea en: ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2004/wp89_es.pdf, p.26 [citado el 10/05/2015].

¹¹⁰⁹ GOÑI SEIN, José Luis: “Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, video-vigilancia y controles biométricos”, en *Justicia Laboral. Revista de derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, núm.39, 2009, p.42.

¹¹¹⁰ Se ha clasificado estos medios de control distinguiendo entre los directos o intencionales y los indirectos o difusos, según, respectivamente, se dirijan a recabar información del trabajador o se encuentren orientadas a satisfacer otras exigencias de la actividad productiva, pero permitan recabar datos del trabajador (Vid. GOÑI SEIN: “Los criterios básicos de enjuiciamiento...”, p.80).

¹¹¹¹ Vid. SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2002, 280 pp.)

¹¹¹² GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS - ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE: *Dictamen 4/2004...* WP 89, p.26.

forma parte, en principio, de la esfera privada de su persona, de modo que no cabe reclamar intimidad mientras se trabaja. Con todo, se sostenía que tal derecho sí alcanzaba a las zonas de la empresa en los cuales no se desempeñaban las tareas. Sin embargo, aquella doctrina ha sido superada, como lo expresa con claridad la STCE 98/2000, de 10 de abril, que resuelve sobre un sistema de captación y grabación de sonido en diversos lugares de un casino, el cual no se estima conforme con los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen la modulación de los derechos fundamentales por los requerimientos propios del interés de la organización empresarial, siendo una medida desproporcionada para el sacrificio que implica del derecho a la intimidad. A partir de la afirmación del derecho a la intimidad de los trabajadores, se sostiene en la sentencia que, para dilucidar en cada caso concreto si esos medios de vigilancia y control lo respetan, “habrá que atender no solo al lugar del centro del trabajo en que se instalan por la empresa sistemas audiovisuales de control, sino también a otros elementos de juicio (si la instalación se hace o no indiscriminada y masivamente, si los sistemas son visibles o han sido instalados subrepticamente, la finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas, si existen razones de seguridad, por el tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo de que se trate, que justifique la implantación de tales medios de control, etc.)”. Sobre el lugar donde se instalan estos sistemas, primero reafirma que “[c]iertamente, la instalación de tales medios en lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos resulta, *a fortiori*, lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores, sin más consideraciones, por razones obvias”¹¹¹³, para enseguida aclarar que “ello no significa que esa lesión no pueda producirse en aquellos lugares donde se realiza la actividad laboral, si concurre alguna de las circunstancias expuestas que permita calificar la actuación empresarial como ilegítima intrusión en el derecho a la intimidad de los trabajadores”¹¹¹⁴.

¹¹¹³ Como se ha señalado, “dado el grado de intromisión en el núcleo más básico de la intimidad que representa la captación de imágenes en los lugares mencionados, parece que ningún otro de los bienes constitucionales gozara de la suficiente entidad para legitimar el emplazamiento de sistemas de control en aquellas zonas” (MARTÍNEZ FONS: *El poder de control del empresario...*, p.107). Respecto de este punto, en la jurisprudencia de los tribunales chilenos existe idéntico criterio (*Víd.*, a vía ejemplar, SJT de Chillán, rol T-3-2010, de 26 de agosto de 2010).

¹¹¹⁴ La sentencia explicita que “no puede descartarse que también en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores, como podría serlo la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que hemos denominado propia esfera de desenvolvimiento del individuo”.

En síntesis, se reconoce el derecho a la intimidad del trabajador en todos los recintos de la empresa, pues “no existen, por definición, zonas exentas de la empresa por lo que se refiere a una posible lesión del derecho de intimidad mediante la utilización de medios técnicos de control”¹¹¹⁵. Distinto es que se admitan ciertas restricciones a través de estos medios tecnológicos en los espacios de trabajo¹¹¹⁶, siempre que la medida empresarial sea capaz de superar el test de proporcionalidad, es decir sea necesaria, idónea y proporcional en sentido estricto.

La propia jurisprudencia constitucional española ha reconocido en otros casos la legitimidad de medidas de control mediante la captación y grabación de video¹¹¹⁷. Así por ejemplo, en la STCE 186/2000, de 10 de julio, se estima que “la intimidad del recurrente no resulta agredida por el mero hecho de filmar cómo desempeñaba las tareas encomendadas en su puesto de trabajo, pues esa medida no resulta arbitraria ni caprichosa, ni se pretendía con la misma divulgar su conducta, sino que se trataba de obtener un conocimiento de cuál era su comportamiento laboral, pretensión justificada por la circunstancia de haberse detectado irregularidades en la actuación profesional del trabajador, constitutivas de transgresión a la buena fe contractual”¹¹¹⁸.

¹¹¹⁵ DEL REY GUANTER, Salvador: “Los límites del control por el empresario en el centro de trabajo mediante mecanismos auditivos”, en ALONSO OLEA, Manuel y MONTOYA MELGAR, Alfredo: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social: elenco y estudio de las sentencias del Tribunal Constitucional*, T. XVIII: 2000, Civitas, Madrid, 2001, p.196

¹¹¹⁶ A partir de la jurisprudencia, Sempere y San Martín sostienen que dada la “laboralidad del control” éste debe efectuarse, en principio, en el centro de trabajo, con exclusión de los espacios personales, los cuales son “una prolongación de la privacidad que a toda persona corresponde en lo que es su domicilio” (STS núm. 5830/1998, de 7 de julio de 1998), aunque admiten que, excepcionalmente, pueda extenderse a espacios fuera del trabajo, siempre que la conducta desplegada por el trabajador tenga incidencia en sus trabajo o en la empresa. Con todo, consignan estos autores, en el control ha de respetarse la proporcionalidad (SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, pp.137-140)

¹¹¹⁷ En España, los juzgados admitirán o rechazarán el uso de estos sistemas de videovigilancia, atendiendo a la proporcionalidad de la medida empresarial en relación con la afectación de la intimidad. *Vid.* sentencia de Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia, de 24 de octubre de 2002, que lo admite, y Sentencia de Audiencia Nacional, de 24 de enero de 2003, que ratifica sanción por su utilización.

¹¹¹⁸ El Tribunal se encarga, en esta sentencia, de distinguir los elementos fácticos de este caso en relación con los de la STCE 98/2000, antes citada, señalando que en ese caso no se justificó la necesidad del sistema de grabación de sonido y no se acreditó “que el nuevo sistema, que permitiría la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones, resultase indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino”, mientras que en este caso “ocurre que previamente se habían advertido irregularidades en el comportamiento de los cajeros en determinada sección del economato y un acusado descuadre contable”, y “se adoptó la medida de vigilancia de modo que las cámaras únicamente grabaran el ámbito físico estrictamente imprescindible...”. En este sentido, es interesante lo que señala Camas Roda, al sostener que “puede afirmarse que el TC, en su sentencia 186/2000, reconoce que al filmar el empresario la prestación laboral del trabajador en el cumplimiento de sus funciones, puede haberse entrometido en el derecho a la intimidad que a éste le ampara, si bien deniega el amparo al trabajador ya que la medida

En una interesante síntesis acerca de la jurisprudencia española¹¹¹⁹ sobre mecanismos audiovisuales control laboral, Roqueta Buj cita diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, en relación con las del Tribunal Constitucional, identificando los fines que, en concepto de los tribunales, habrían justificado su admisión. Así, serían admisibles los mecanismos de vigilancia destinados a: controlar la seguridad del centro cuando existen riesgos de atentado contra el patrimonio de la empresa, del personal o de los clientes; controlar la seguridad del centro contra los riesgos de atentado contra la vida o integridad de las personas o los riesgos laborales; garantizar la seguridad de las operaciones de la empresa; verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores, o comprobar razonables sospechas de la comisión por parte del trabajador de graves irregularidades en su puesto de trabajo¹¹²⁰. No obstante, se ha entendido que no basta con la relevancia o justificación del interés empresarial que se quiere satisfacer, también debe considerarse que estos sistemas proporcionen información relevante a ese interés y tener presente si existen otros medios eficaces para alcanzar resultados similares, que resulten menos intrusivos¹¹²¹. Con todo, cabe tener presente que para la OIT, “[l]a vigilancia continua debería permitirse solamente si lo requieren la salud, la seguridad y la protección de los bienes”¹¹²².

empresarial ha observado estrictamente el principio de proporcionalidad” (CAMAS RODA: “La intimidad y la vida privada del trabajador...”, p.167).

¹¹¹⁹ Sobre los criterios jurisprudenciales y legislativos en Francia, Estados Unidos, Alemania e Italia, *vid.* MARTÍNEZ FONS: *El poder de control del empresario...*, pp.67-75. En síntesis: en Francia se admiten los medios audiovisuales de control, aunque sometido al criterio de proporcionalidad y ciertas exigencias procedimentales; en Estados Unidos también se aceptan, aunque sujetas a un estándar razonable de no injerencia en las expectativas de intimidad de los trabajadores; en Alemania se admiten si hay un interés empresarial relevante y que no puedan alcanzarse con medidas menos agresivas, y en Italia se establece “una prohibición absoluta cuando los aparatos son utilizados objetivamente para realizar controles ininterrumpidos e indiscriminados, así como sobre comportamientos ajenos a la actividad de trabajo durante su desarrollo; mientras que la prohibición es relativa cuando los aparatos son instalados por exigencias organizativas y productivas o bien atinentes a la seguridad en el trabajo (*Ibidem*, p.74). Bronstein destaca que para los tribunales de Bélgica y de los Países Bajos en principio el control a los empleados durante sus actividades laborales con una cámara de vídeo constituye una violación a la intimidad (citando al efecto los casos Soc. Kron y Taufan C.B. Homan, respectivamente), aunque en ciertas hipótesis se admite, como las que específicamente se señalan en Bélgica en el convenio colectivo núm. 68, de 16 de junio de 1998 (BRONSTEIN, Arturo: *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo...*, pp.220-221).

¹¹²⁰ *Vid.* ROQUETA BUJ: “El derecho a la intimidad de los trabajadores...”, pp.411 y ss.

¹¹²¹ *Vid.* MARTÍNEZ FONS: *El poder de control del empresario...*, p.84.

¹¹²² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Protección de los datos personales de los trabajadores Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1997, núm. 6.14.

La utilización de sistemas de vigilancia audiovisual, fundada en una finalidad legítima, aunque admisible en los lugares de trabajo, no autoriza la ilegítima intrusión empresarial en la intimidad de los trabajadores. Ello supone, por una parte, como adelantábamos, la interdicción de su utilización en determinadas zonas¹¹²³ y, por otra, una serie de limitaciones y exigencias respecto al modo en que tal vigilancia se lleva a cabo, en relación con la finalidad que se persigue. Por ejemplo, si la instalación se hace para vigilancia indiscriminada o para un control selectivo, si los sistemas son conocidos u ocultos para los trabajadores, etc.¹¹²⁴. De igual modo, en relación con la finalidad de la videovigilancia, se ha señalado que “las imágenes recogidas exclusivamente para proteger la propiedad o detectar, evitar y controlar infracciones graves no deberán utilizarse para acusar a un empleado de una falta disciplinaria menor”¹¹²⁵.

En la línea señalada en el párrafo precedente se ha pronunciado la SCS rol núm. 5234-2005, de 5 de enero de 2006, la que, a propósito de la utilización cámaras de video en la empresa, reconoce “la facultad y el derecho que le asiste al empleador para proveerse de todo tipo de elementos que le permitan resguardar y proteger su propiedad y la seguridad de los trabajadores que laboran en ella”. Sin embargo, expresa claramente que su utilización debe ser “dentro de un marco regulatorio que al efecto, y para el caso de trabajadores regidos por el estatuto laboral Código del Trabajo, tiene un marco legal aplicable que debe ser respetado”. Al respecto declara que “dentro del recinto laboral, constituido por el ámbito de actividad propio de los empleados, los trabajadores tienen derecho a la privacidad o intimidad, manifestándose ello en el deseo de, como en el caso de autos, se mantenga en la esfera laboral y sindical las actividades realizadas por ellos, sin que en él se permita la intromisión de terceros”. Este derecho puede ser compatible con la existencia de un sistema de vigilancia, siempre que éste no se desvíe de los fines que justifiquen su instalación. En este caso se denuncia la utilización de las cámaras “con el objeto de controlar y vigilar a los trabajadores, al extremo de que ellas se usaron para el seguimiento de personas determinadas, efectuando respecto de algunos trabajadores acercamientos o encuadres en primer plano” y la Corte Suprema estimó tal

¹¹²³ Así, “[I] La experiencia ha puesto de manifiesto, además, que la vigilancia no deberá abarcar lugares reservados al uso privado de los empleados o no estén destinados a la realización de tareas de trabajo” (GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS - ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE: *Dictamen 4/2004... WP 89*, p.26).

¹¹²⁴ Para algunos casos en concreto resueltos por tribunales españoles, *vid.* ROQUETA BUI: “El derecho a la intimidad de los trabajadores...”, pp.413 y ss.

¹¹²⁵ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS - ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE: *Dictamen 4/2004... WP 89*, p.26.

utilización como ilegal y vulneratoria de la garantía del derecho a la intimidad, vida privada y honra de los trabajadores¹¹²⁶.

En la tarea de determinar la legitimidad de un sistema de vigilancia audiovisual existe una visión ampliamente compartida acerca de la relevancia de que exista un conocimiento de los trabajadores respecto de su presencia y de las características del mismo¹¹²⁷. En este sentido, cabe exigir buena fe en el ejercicio de las facultades empresariales de control.

La OIT ha señalado que, cuando los trabajadores sean objeto de medidas de vigilancia, “éstos deberían ser informados de antemano de las razones que las motivan, de las horas en que se aplican, de los métodos y técnicas utilizados y de los datos que serán acopiados, y el empleador deberá reducir al mínimo su injerencia en la vida privada de aquéllos”, y que “[e]l secreto en materia de vigilancia sólo debería permitirse cuando: se realice de conformidad con la legislación nacional; o existan sospechas suficientes de actividad delictiva u otras infracciones graves”¹¹²⁸. En esta línea, la citada organización ha indicado que los representantes de los trabajadores, cuando los haya, deberían ser informados y consultados “antes de la instalación de sistemas de vigilancia electrónica del comportamiento de los trabajadores en el lugar de trabajo”¹¹²⁹. En similar orientación, el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos - Artículo 29 de la Directiva 95/46/CE señala que respecto de la videovigilancia, “[d]eberá facilitarse información a los empleados y a cualquier otra persona que trabaje en el lugar” y “[e]sta información incluirá la identidad del responsable del tratamiento y el objetivo de la

¹¹²⁶ En el fallo algunos ministros, junto con recordar los requisitos generales de toda medida de control establecidos en el Código del Trabajo (incorporación en el reglamento de la empresa, utilización de medios idóneos y concordante con la naturaleza de la relación laboral, aplicación general y no discriminatoria, y respeto la dignidad del trabajador), hacen suya la jurisprudencia administrativa en lo tocante con los requisitos específicos de los mecanismos de control audiovisual: 1) “no deben dirigirse directamente al trabajador, sino que, en lo posible, orientarse a un plano panorámico”; 2) “deben ser conocidos por los trabajadores, es decir, no pueden tener un carácter clandestino”; y 3) “su emplazamiento no debe abarcar lugares, aún cuando ellos se ubiquen dentro de las dependencias de la empresa, dedicados al esparcimiento de los trabajadores, tales como, comedores, y salas de descanso, así como tampoco a aquellos en los que no se realiza actividad laborativa, como los baños, casilleros, salas de vestuario, etc.”.

¹¹²⁷ Así, se afirma que en los supuestos de escuchas ocultas, realizadas sin conocimiento de los propios trabajadores, “nos acercáramos a los juicios de ilicitud tan contundentemente formulados en el ámbito de las escuchas clandestinas telefónicas” (DEL REY GUANTER: “Los límites del control por el empresario...”, p.194).

¹¹²⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Protección de los datos personales de los trabajadores Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1997, núm. 6.14.

¹¹²⁹ *Ibidem*, núm.12.2.

vigilancia, así como otra información necesaria para garantizar que el tratamiento es justo en lo que respecta al interesado, por ejemplo en qué casos las grabaciones van a ser examinadas por la dirección de la empresa, el período de grabación y cuándo ésta se revelará a las autoridades judiciales¹¹³⁰.

Es preciso señalar, por una parte, que el hecho de que exista dicho conocimiento por los trabajadores en torno al sistema de videovigilancia no garantiza por sí solo la legitimidad del sistema y, por otra, el conocimiento no implica un consentimiento tácito para la captación y registro de imágenes personales (así al menos lo entiende la doctrina, aunque algunos tribunales hayan equiparado, estos efectos, conocimiento y consentimiento¹¹³¹), ni supone reducir las expectativas de intimidad del trabajador¹¹³². Se ha expresado que “si el trabajador consiente expresamente la captación de su imagen o la grabación de sus conversaciones, no habrá una intromisión ilegítima en el ámbito de su intimidad y su propia imagen”¹¹³³. A este respecto es relevante que se trate de un consentimiento libre e informado, y debe referirse de situaciones determinadas y acotadas, donde exista una necesidad que lo justifique y se efectúe con la mínima intervención. No caben aquí autorizaciones generales, sin límite de tiempo y de lugar, para efectuar tales capturas, pues ello implicaría una renuncia inadmisible al derecho a la intimidad.

No obstante lo expresado precedentemente respecto del necesario conocimiento de los trabajadores, debemos consignar que la jurisprudencia española ha aceptado, de manera excepcional, la utilización de sistemas ocultos de videovigilancia, cuando existen indicios de conductas graves del trabajador y no sea posible su comprobación por medios alternativos menos gravosos¹¹³⁴. Se ha advertido acerca de una cierta laxitud

¹¹³⁰ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS - ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE: *Dic-tamen 4/2004...* WP 89, p.26.

¹¹³¹ *Vid.* SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, p.133).

¹¹³² *Vid.* MARTÍNEZ FONS: *El poder de control del empresario...*, p.102.

¹¹³³ SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, pp.132-133.

¹¹³⁴ Por ejemplo, la STS núm. 5012/1990, de 4 junio 1990, admite como prueba una grabación de video obtenida por la empresa sin el conocimiento del trabajador. Aquella, tras una investigación, dedujo que ciertas averías de sus ordenadores eran debidas a que se manipulaban sus interruptores y registró median-te video quién los manipulaba, grabando imágenes del trabajador en el momento en que produjo una avería. Martínez Fons consigna que el control oculto se admite también en Italia y Alemania y sostiene que “únicamente debe ser considerado legítimo si existe una sospecha cierta acerca de incumplimientos

de la casuística judicial, “al admitir la legitimidad del sistema de control oculto sobre la exclusiva necesidad de obtener pruebas incriminatorias de las posibles irregularidades que se puedan cometer en el lugar de trabajo, sin realizar un juicio de legitimidad del interés tutelable, ni de la imprescindibilidad en su sentido estricto, ni de la entidad de los motivos sobre los cuales se funda la sospecha”¹¹³⁵. La jurisprudencia chilena al respecto se orienta al rechazo del control mediante dispositivos de video clandestinos o no conocidos por los trabajadores¹¹³⁶.

En otro orden, el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos - Artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, ha señalado que existiendo sistemas de vigilancia por videocámara, “deberá permitirse siempre a los empleados que utilicen para su defensa el contenido de las imágenes captadas”¹¹³⁷.

Como hemos venido adelantando, la videovigilancia empresarial potencialmente puede implicar un riesgo pluriofensivo a los derechos fundamentales, al constituirse en una amenaza no sólo para la intimidad en sentido estricto, sino también respecto del derecho a la autodeterminación informativa y del derecho a la propia imagen.

Es preciso considerar que estos sistemas tecnológicos “permiten almacenar las informaciones con una fiabilidad que excluye el olvido y el carácter instantáneo del control humano”¹¹³⁸. Al respecto, parece razonable que los registros captados por los sistemas de videovigilancia no deban ser conservados por más tiempo que el imperioso

graves que afecten a bienes de relevancia constitucional y que se produzcan con ocasión del desarrollo de la prestación del trabajador vigilado” (MARTÍNEZ FONS: *El poder de control del empresario...*, p.104). El Tribunal Constitucional español, aunque en el contexto de la actividad periodística, ha manifestado una doctrina contraria a la licitud de la utilización de cámaras ocultas, señalando, en las STCE 12/2012, de 30 de enero, que esta constituye en todo caso “una ilegítima intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen”. En particular, señala que en cuanto al derecho a la propia imagen, “la persona grabada subrepticamente fue privada del derecho a decidir, para consentirla o para impedirla, sobre la reproducción de la representación de su aspecto físico y de su voz, determinantes de su plena identificación como persona”. *Vid.*, además, SSTCE 24/2012, de 27 de febrero, y 74/2012, de 16 de abril, entre otras.

¹¹³⁵ GOÑI SEIN: “Los criterios básicos de enjuiciamiento...”, p.86. Sobre esta orientación el citado autor pone por ejemplo los pronunciamientos de la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 14 de enero de 2004, AS 2004/1476; la STSJ de Extremadura, de 14 de abril de 2004, Rec. Sup.154/2004; y la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 27 de abril de 2004, AS 2004/3821.

¹¹³⁶ *Vid.* la citada SCS rol núm. 5234-2005, de 5 de enero de 2006.

¹¹³⁷ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS - ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE: *Dic-tamen 4/2004...* WP 89, p.26.

¹¹³⁸ MARTÍNEZ FONS: *El poder de control del empresario...*, p.100. Aspecto que se destaca también en THIBAUT ARANDA, Javier: *El control multimedia de la actividad laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p.18.

para cumplir la finalidad que justifica su grabación. Eventualmente, en la medida que pudieran constituir pruebas de una infracción, sería admisible que se conservaran a dicho efecto por el tiempo que resulte necesario, pero sólo por ese tiempo.

Tampoco resulta admisible la difusión a terceros de estos registros, en la medida que en tales grabaciones se contienen imágenes de los trabajadores, de las que el empresario no puede disponer. Es necesario tener presente que, “relacionando la tutela de la libertad, en general, y de la intimidad, en particular, con el derecho a la propia imagen, puede afirmarse que la intromisión en aquellos derechos puede manifestarse tanto respecto de la observación y captación de la imagen como de la difusión o divulgación posterior de lo captado”¹¹³⁹. En este sentido, debemos tener presente que la STEDH del asunto *De la Flor Cabrera c. España*, núm. 10764/, de 27 de mayo de 2014, expresa con claridad que la imagen es “una de las características ligadas a la personalidad de cada uno” y que “su protección efectiva presupone, en principio, el consentimiento del individuo desde el momento de su captura, y no solamente en el momento de su posible difusión al público”. El citado Tribunal señala que, faltando tal protección, “un atributo esencial de la personalidad podría ser detentado por otro sin que el interesado tuviera el control sobre su eventual uso posterior”¹¹⁴⁰.

Además, la utilización de sistemas de videovigilancia, “en la medida en que implica captación y eventual conservación de la imagen de una persona identificada o identificable, constituye un tratamiento automatizado de datos, que afecta al poder de decisión y control del afectado”¹¹⁴¹, con lo que estaría en juego el derecho a la autodeterminación informativa y la normativa de protección de datos¹¹⁴². En esta línea

¹¹³⁹ MARTÍNEZ FONS: *El poder de control del empresario...*, p.81. Se ha destacado que “la publicación de datos obtenidos por medio del control, aun cuando se considere que no pertenecen al núcleo de la vida privada o de la intimidad de la persona, representa el desconocimiento de la capacidad del individuo de controlar los flujos informativos sobre sí mismo” (*Ibidem*, p.100)

¹¹⁴⁰ *Vid.*, en similar sentido, STEDH asunto *Reklos y Davourlis c. Grecia*, núm. 1234/05, de 15 de enero de 2009.

¹¹⁴¹ GOÑI SEIN, José Luis: “Controles empresariales: geolocalización...”, p.43

¹¹⁴² Así lo confirma la STCE 29/2013, de 11 de febrero, al expresar que “[e]stá fuera de toda duda que las imágenes grabadas en un soporte físico, como ha ocurrido en el caso de autos, constituyen un dato de carácter personal que queda integrado en la cobertura del art. 18.4 CE, ya que el derecho fundamental amplía la garantía constitucional a todos aquellos datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona y que puedan servir para la confección de su perfil (ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole) o para cualquier otra utilidad que, en determinadas circunstancias, constituya una amenaza para el individuo (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6), lo cual, como es evidente, incluye también aquellos que facilitan la identidad de una persona física por medios que, a través de imágenes,

se ha criticado la insuficiencia de los análisis de la utilización de estos sistemas de captación y registro de imágenes y sonidos que, a la luz del principio de proporcionalidad, atienden sobre todo a la compatibilidad del control empresarial con la dimensión negativa de la intimidad (no injerencia), sin tener en cuenta “el control *a posteriori* sobre el contenido de lo memorizado –las noticias, imágenes y datos recogidos–, su conservación y tratamiento, así como la identificación de los responsables del fichero donde se guardan tales datos”, ni tampoco plantearse sobre “la protección especial en lo que respecta al acceso a esa información, o a la posibilidad de que los trabajadores puedan ejercer su derecho de acceso y cancelación de los datos que no son pertinentes o resultan excesivos con relación al fin para el que fueron recabados”¹¹⁴³.

Hace algunos años la Audiencia Nacional española, en el recurso contencioso-administrativo núm. 400/2001, de 24 enero 2003, consideró que el sistema de vigilancia mediante una *webcam*, que recoge una imagen cada quince segundos, en forma de fichero con formato de imagen o fotografía, y la deposita en el servidor de Internet ubicado en la empresa, durante las veinticuatro horas del día, todos los días de la semana, “conlleva su cesión o la puesta de las mismas a disposición de un destinatario múltiple e indeterminado, lo que supone la existencia de tratamiento de datos”. Este pronunciamiento da cuenta de que la utilización de estos sistemas de registro de video no solo podría atentar a la intimidad en sentido estricto, sino también a la autodeterminación informativa, en la medida que existe tratamiento de los datos capturados.

Afirmábamos anteriormente que el trabajador tiene derecho a conocer no solo que información se maneja de él sino también con que objeto. La STCE 29/2013, de 11 de febrero, ha recordado que el poder de disposición sobre los propios datos personales “nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin”. Esta facultad de conocer esa información se constituye como “elemento caracterizador de la definición constitucional del art.18.4 CE”, según ha señalado el Tribunal Constitucional. En este caso las cámaras de

permitan su representación física e identificación visual u ofrezcan una información gráfica o fotográfica sobre su identidad”.

¹¹⁴³ GOÑI SEIN: “Los criterios básicos de enjuiciamiento...”, p.87.

videovigilancia instaladas en un recinto universitario “reprodujeron la imagen del trabajador y permitieron el control de su jornada de trabajo; captaron, por tanto, su imagen, que constituye un dato de carácter personal, y se emplearon para el seguimiento del cumplimiento de su contrato”, habiéndose acreditado que tal conducta se llevó a cabo “sin haber informado al trabajador sobre esa utilidad de supervisión laboral asociada a las capturas de su imagen”, lo cual “[v]ulneró, de esa manera, el art. 18.4 CE”.

- Control informático de la actividad laboral

La tecnología informática ofrece la posibilidad, a través de numerosos programas, de llevar un exhaustivo control de la actividad laboral de los trabajadores, registrando las diversas actividades que se realizan, posibilitando el examen cuantitativo y cualitativo del trabajo realizado, lo que conlleva “un plus de peligrosidad”¹¹⁴⁴. Estos medios de control informático no sólo están orientados a la mejora de los procesos productivos, sino también pueden operar en función de la seguridad de la empresa. Como se ha señalado “la característica especial de este control es que el mismo se proyecta sobre instrumentos de producción que han sido facilitados a los trabajadores para la ejecución del trabajo”¹¹⁴⁵.

Este tipo de herramientas, en principio, son admisibles. Sin embargo, en relación con la eventual afectación de la intimidad de los trabajadores, resultan aplicables los mismos criterios que hemos consignado respecto de los sistemas de videovigilancia¹¹⁴⁶. Es decir, deben permitir exclusivamente verificar el cumplimiento y la calidad de las prestaciones laborales de los trabajadores, no ser intrusivas en la intimidad del trabajador, y los registros no deben conservarse más allá del tiempo necesario. Con todo, cabe tener presente que “[e]n cualquier caso, este control, inevitable por motivos

¹¹⁴⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: “Derecho a la intimidad del trabajador y contrato de trabajo” en *Diario La Ley*, Nº 6033, Sección Doctrina, 4 Jun. 2004, Año XXV, s/p. Para este autor “[l]a informática ha alterado la naturaleza del tratamiento de datos, posibilita prácticas de vigilancia laboral intensiva y hace que la vigilancia sea imperceptible, creando nuevas oportunidades para las empresas y nuevos riesgos para los trabajadores” (*Ibidem*).

¹¹⁴⁵ DESDENTADO BONETE, Aurelio: “Contrato de trabajo y nuevas tecnologías: una nota sobre algunas cuestiones de actualidad, prueba electrónica, garantías de la intimidad y uso sindical del correo electrónico”, en *Revista Poder Judicial*, Nº 88, 2009, p.250.

¹¹⁴⁶ Recordemos que la STCE 173/2011, de 7 de noviembre de 2011, ha señalado que está dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, “el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional”.

justificados, no puede tornarse en una exasperante e incómoda presión para los trabajadores”¹¹⁴⁷.

Creemos que la propia dignidad de la persona del trabajador reclama un cierto margen de libertad en su accionar en el cumplimiento de las obligaciones laborales, que no sería respetado cuando existe un monitoreo informático extremo. En este sentido, en Chile se ha pronunciado la Dirección del Trabajo (Dictamen ordinario núm. 3441/072, de 20 de agosto de 2008) al analizar la utilización un programa que sirve para controlar el escritorio de un ordenador de forma remota, señalando que no resulta ajustada a derecho la utilización de dicho programa de control a distancia para la exclusiva vigilancia y fiscalización de la actividad de los trabajadores, “pues supone una forma de control ilimitado y continuo que, tal como se ha señalado por la doctrina de este Servicio para mecanismos de control semejantes en su poder invasivo [...], provoca en el trabajador un estado de tensión o presión incompatible con la dignidad humana, encontrándose aquél expuesto en forma ininterrumpida al ojo acusador del referido programa computacional”.

Resulta especialmente problemático el control que pueda efectuarse de los trabajadores que utilizan en sus labores equipos computacionales que han sido puestos a sus disposición como herramientas de trabajo. En estos casos el empleador pretenderá que los ordenadores tengan un uso que no exponga la seguridad de la empresa, velando por la protección de archivos e información confidencial de la misma y por evitar que estos puedan ser comunicados a terceros, y resguardando el adecuado funcionamiento de los equipos y programas informáticos por un mal uso o la introducción de virus informáticos.

Un objetivo importante del control empresarial es evitar la pérdida de tiempo de trabajo que puede producirse por el uso privado por parte del trabajador del correo electrónico o de Internet, aspecto que trataremos más adelante, a propósito del secreto de las comunicaciones.

¹¹⁴⁷ ROQUETA BUI: “El derecho a la intimidad de los trabajadores...”, p.422.

- Geolocalización de trabajadores

Otro ámbito del control o vigilancia empresarial mediante tecnología en el cual puede producirse conflictos con el derecho a la privacidad de los trabajadores es en la utilización de sistemas de geolocalización. Cabe especificar que no solamente podría verse afectado el derecho a la intimidad en sentido estricto, sino que es preciso considerar que en la medida que esos datos de localización están asociados a una persona identificada o identificable implican un tratamiento de datos personales, de modo que se podrían producir atentados al derecho de autodeterminación informativa.

Desde hace tiempo existen equipos que, basados en distintas tecnologías, proporcionan información acerca de la ubicación de las personas que los portan. Entre dichos sistemas se distinguían como los más importantes aquellos de posicionamiento con tecnología satelital, conocidos por su sigla en inglés *GPS (Global Positioning System)*, y los sistemas basados en las estaciones base o antenas redes de telefonía móvil digital GSM (*Global System Mobiles*). A ellos se ha sumado en los últimos años una nueva infraestructura basada en los puntos de acceso *WiFi*. Estas tres tecnologías, si bien no son las únicas que permiten la localización geográfica de las personas, son las más significativas. Se puede constatar, además, que con el desarrollo de dispositivos móviles inteligentes, estas tecnologías se han integrado y es factible que en un solo aparato estén presente todas ellas, permitiendo una gestión de datos de localización geográfica que se alimenta de esas tres fuentes, aumentando significativamente los grados de precisión de la información que se genera.

Entre los otros servicios que pueden proporcionar datos de localización es posible mencionar los sistemas de telepeajes para vehículos en autopistas, la geolocalización de las direcciones IP, el etiquetado geográfico que se incorpora en redes sociales como *Facebook*, *Twitter*, *Foursquare*, etc. En todo caso, como ha señalado Grupo de Trabajo Sobre Protección de Datos - Artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, “[l]as razones jurídicas, la información y los derechos de las personas [que se han desarrollado en relación con las tecnologías más importantes] también se aplican a estas

tecnologías cuando se utilizan para la geolocalización de personas a través de sus dispositivos”¹¹⁴⁸.

Todos estos sistemas se constituyen en riesgos para la privacidad, en tanto “operan no sólo como medio de vigilancia de la ejecución normal de la prestación de trabajo sino como medio de información y prueba de los itinerarios seguidos por los trabajadores y del tiempo empleado en ellos”, de modo que “el trabajador puede verse sometido a un espionaje total”^{1149 1150}, produciéndose “un salto cualitativo sobre las formas de control tradicionales hacia modelos orwelianos de control total”¹¹⁵¹. Cuando señalamos el riesgo para la vida privada, lo es tanto desde la perspectiva del secreto como de la autodeterminación¹¹⁵². Lo señalado puede ocurrir tanto con sistemas de posicionamiento incorporados en los vehículos utilizados por los trabajadores, como a través de los dispositivos móviles inteligentes que estos empleados puedan portar.

Goñi Sein evidencia que en el caso de sistemas instalados en vehículos, “junto a la verificación de la situación del vehículo, la velocidad, las pausas, los tiempos de funcionamiento”, se puede ejercer “un control permanente de la actividad del trabajador”¹¹⁵³. Al respecto, el Grupo de Trabajo Sobre Protección de Datos - Artículo 29 de la Directiva 95/46/CE ha hecho presente que “los dispositivos de seguimiento de vehículos no son dispositivos para la localización de empleados ya que su función es

¹¹⁴⁸ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS - ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE: *Dic-tamen 13/2011 sobre los servicios de geolocalización en los dispositivos móviles inteligentes*, 881/11/ES WP 185, disponible en línea en: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp185_es.pdf [citado el 10/05/2015], p.4.

¹¹⁴⁹ GOÑI SEIN: “Controles empresariales: geolocalización...” pp.21-22.

¹¹⁵⁰ La STEDH Uzun c. Alemania, núm. 35623/05, de 2 de septiembre de 2010, se refiere a un caso de seguimiento policial mediante la instalación de un equipo de GPS en el coche de un sospechoso por asesinatos y atentados explosivos, estimando que, en este caso la vigilancia de la demandante a través de GPS “era proporcional a los objetivos legítimos perseguidos y por lo tanto «necesaria en una sociedad democrática»”. Para el tribunal, además de la alta gravedad de las conductas investigadas, resulta determinante para la legitimidad de la vigilancia que el “uso de métodos menos intrusivos de vigilancia no habían tenido éxito anteriormente” y que, por las condiciones en que se efectuó el control “no se puede decir que han sido sometidos a vigilancia total y completa”. Estos criterios de interés legítimo, necesidad, idoneidad y proporcionalidad han de estar presentes también a la hora de juzgar la utilización de este tipo de dispositivos en el ámbito laboral.

¹¹⁵¹ DESDENTADO BONETE, Aurelio: “La prueba electrónica en el proceso laboral. Notas para una intervención”, texto mecanografiado presentado en la *Jornadas sobre Nuevas Tecnologías y Relaciones Labo-rales*, celebradas en la Cámara de Comercio de Málaga en abril de 2008, citado por GOÑI SEIN: “Contro-les empresariales: geolocalización...” p.22.

¹¹⁵² Vid. ARREDONDO PACHECO, Jorge: “Ideas a tener en consideración ante la irrupción de un nuevo mecanismo de control empresarial: el GPS”, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguri-dad Social*, Vol. 2, núm. 4, 2011, p.104.

¹¹⁵³ GOÑI SEIN: “Controles empresariales: geolocalización...” p.22

hacer un seguimiento o vigilar la ubicación de los vehículos en que estén instalados” y que, por tanto, “los empresarios no deben considerarlos como dispositivos para seguir o supervisar el comportamiento o el paradero de los conductores o de otro tipo de personal, por ejemplo, mediante el envío de alertas relacionadas con la velocidad del vehículo”¹¹⁵⁴. En este sentido, las STSJ de Madrid núm. ROJ 3074/2014 (recurso núm. 1952/2013), de 21 de marzo de 2014, afirma que “la posibilidad de conocer en todo momento, mediante un sistema de geolocalización que permite un continuo y permanente seguimiento del vehículo durante su uso, no sólo el posicionamiento de éste por razones de seguridad, sino también el lugar exacto en donde se halla el trabajador y, a su vez, el posterior tratamiento de los datos obtenidos con una finalidad completamente distinta de la anunciada, y por ende, sin conocimiento del conductor, hace que las conclusiones extraídas merced a este dispositivo tecnológico y su aportación como medio de prueba en sede judicial para demostrar un pretendido incumplimiento contractual constituyan un procedimiento que lesiona los derechos fundamentales de constante cita”¹¹⁵⁵.

Es interesante también considerar tres sentencias muy recientes del TSJ de Castilla La Mancha sobre la utilización de los dispositivos GPS en vehículos y la necesidad de una información a los trabajadores sobre la presencia de los mismos y sus finalidades, fallos que dan cuenta de la actualidad de esta problemática y de los matices que puede presentar en cada caso. La primera de ellas, STSJ de Castilla La Mancha ROJ núm. 796/2015 (recurso núm. 1775/14), de 23 de marzo de 2015, se refiere al caso de un trabajador que “tenía conocimiento de que en el vehículo de la empresa que usaba para realizar su trabajo se había instalado un GPS”, y, además, él “suscribió un documento sobre tratamiento de datos, en los que prestaba su expresa conformidad”, en el cual el tribunal concluye que es “legítimo el uso por parte de la empresa de los datos suministrados por el aludido sistema de vigilancia, evidenciadores de que el actor incumplió sus obligaciones laborales en los términos recogidos en la carta de despido...”. La segunda es la STSJ de Castilla La Mancha ROJ núm. 933/2015 (recurso núm. 19/2015), de 30 de marzo de 2015, en la cual se analiza el supuesto en que el

¹¹⁵⁴ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS - ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE: *Dic-tamen 13/2011*, WP 185, p.15.

¹¹⁵⁵ La sentencia hace presente que “[a]sí lo consideró la propia Agencia Española de Protección de Datos en su Informe 193/2008, atinente a la instalación de un sistema GPS en el automóvil facilitado a un trabajador”.

trabajador conocía la instalación del GPS, pero no se considera acreditado que hubiera prestado consentimiento al tratamiento de datos, y, pese a ello, el tribunal entiende que, en este caso, no puede separarse conceptualmente el control de posición de tal vehículo, de la comprobación del cumplimiento de sus obligaciones por parte del trabajador y, existiendo información al trabajador, entiende que “no era necesario un consentimiento específico del trabajador, razón por la cual los datos obtenidos del sistema GPS del vehículo podían utilizarse por la empresa para la comprobación del cumplimiento de los deberes laborales del interesado”. Creemos que la sentencia se aparta de los criterios del Grupo de Trabajo Sobre Protección de Datos de la UE, antes citados, aunque podría enmarcarse en la noción de “consentimiento tácito”, aceptada por el Tribunal Constitucional español en materia de derecho a la intimidad¹¹⁵⁶. Por último, la STSJ de Castilla La Mancha núm. ROJ 1307/2015(recurso núm. 134/2015), de 28 de abril de 2015, considera que existe vulneración del derecho fundamental a la protección de datos (art. 18.4 CE) de un vigilante de seguridad, a quien se controló y despidió sin que “se le hubiera informado de modo suficiente y adecuado al trabajador, no ya solo respecto de la instalación de un GPS en el vehículo de la empresa que utilizaba para el desempeño de su trabajo, sino más especialmente, sobre la posibilidad de utilizar los datos que de dicho dispositivo se pudieran obtener, como medio de prueba de alcance disciplinario en contra del trabajador, debe considerarse que la utilización de tal medio probatorio”, de modo que “los datos obtenidos de ello, lo fueron ilícitamente”¹¹⁵⁷.

La STS núm. 5259/2012, de 21 de junio de 2012, aborda el caso de un aparato de GPS instalado ya no en un vehículo de la empresa, sino del trabajador. Se refiere al despido de este último, cuyas labores profesionales suponían la conducción durante la mayor parte de su jornada laboral del vehículo asignado por la empresa, así como desplazamientos a pie. Éste, encontrándose con incapacidad temporal derivada de enfermedad común, es objeto de seguimiento por un detective privado contratado por su empleador, quien instala un aparato localizador GPS en el vehículo particular del trabajador, lo que permite comprobar que el trabajador lleva a cabo tanto la conducción de su vehículo particular de forma diaria y durante varias horas al día, siendo algunas

¹¹⁵⁶ *Vid.* entre otras las SSTCE 173/2011, de 7 de noviembre, 196/2004, de 15 de noviembre, 22/1984, de 17 de febrero, y 209/2007, de 24 de septiembre

¹¹⁵⁷ Este tribunal recoge lo resuelto por la STCE 29/2013, de 11 de febrero, la que se refería a la utilización de la utilización no consentida, ni previamente informada, de determinadas grabaciones con la finalidad de controlar su actividad laboral, fin que era desconocido por el afectado.

distancias considerables, como diversos desplazamientos a pie, actividades que serían incompatibles con la supuesta incapacidad laboral. El Tribunal Supremo desestima el recurso del empleador, con diversos fundamentos, pero en lo que nos interesa expresa que “la sentencia recurrida, al igual que la de instancia, valora el carácter permanente del dispositivo de control (GPS) aplicado, su incorporación a un bien propiedad del trabajador, el exceso sobre las exigencias objetivas de control y falta de proporcionalidad resultante”¹¹⁵⁸.

En el caso de teléfonos móviles con sistema de geolocalización, se advierte que el riesgo de espionaje “se incrementa porque se puede llegar a saber con más precisión los lugares que frecuenta el poseedor de ese teléfono móvil y en qué momento entra y sale de cada uno de esos lugares”¹¹⁵⁹. Es claro que estos dispositivos “están muy estrechamente vinculados a las personas, porque la mayoría de ellas tienden a mantener su dispositivo móvil muy cerca de ellas, en el bolsillo, en el bolso o sobre la mesilla de noche”, lo que posibilitaría “disponer de una panorámica detallada de los hábitos y pautas del propietario [portadores] de estos dispositivos y establecer unos perfiles exhaustivos”¹¹⁶⁰.

Los inconvenientes para la privacidad de los trabajadores se presentan tanto para aquellos que deben prestar sus servicios en las instalaciones de la empresa como para aquellos que lo hacen fuera de ellas. En el caso de los primeros, si deben portar el móvil que la empresa les ha proporcionado por razones productivas o de seguridad, esta tecnología permitiría el monitoreo de su ubicación no solo en los tiempos de descanso durante la jornada, sino que fuera de ella. En el evento de que fuera necesaria la

¹¹⁵⁸ La sentencia de instancia declaró nulo el despido y el TSJ del País Vasco conociendo del recurso de suplicación confirmó ese pronunciamiento. Tal determinación se basa en que los datos en que se funda el despido se han obtenido con vulneración del derecho fundamental a la intimidad en relación con los derechos a la libertad de circulación y a la tutela judicial efectiva. La STSJ del País Vasco había considerado que el control aplicado afecta la intimidad, al vulnerar “el derecho a que los demás no sepan dónde está en cada momento y cuáles son sus movimientos” y cuestiona la colocación de estos medios en los bienes del trabajador sin su conocimiento ni voluntad, considerando la medida innecesaria y no proporcional.

¹¹⁵⁹ GOÑI SEIN: “Controles empresariales: geolocalización...”, p.22.

¹¹⁶⁰ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS - ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE: *Dic-tamen 13/2011, WP 185*, p.7. Así, “[a] partir de un período de inactividad nocturna puede deducirse el lugar donde duerme la persona, y a partir de una pauta de desplazamientos regulares por la mañana, la localización de su empresa”; también el perfil “puede incluir asimismo datos derivados de las pautas de movimientos de sus amigos, sobre la base de lo que se conoce como «gráfica social»”, y “[u]n modelo de comportamiento también podría incluir categorías especiales de datos, por ejemplo visitas a hospitales y lugares de culto, presencia en actos políticos o en otros lugares específicos que, verbigracia, revelen datos sobre la vida sexual” (*Ibidem*).

utilización de estos dispositivos móviles que permiten la localización geográfica de los trabajadores, tales sistemas sólo debieran funcionar durante la jornada de trabajo y debieran desactivarse fuera de la misma y durante los tiempos de descanso, pues “la geolocalización no debe servir para prolongar la subordinación del trabajador más allá del límite temporal determinado por la prestación pactada”¹¹⁶¹. En el caso de los trabajadores que prestan servicios fuera los recintos de la empresa este control puede ser todavía más invasivo, pues es posible el monitoreo íntegro de su itinerario diario.

Hemos afirmado anteriormente que en materia de tratamiento de datos el consentimiento del titular de los mismos es imprescindible; sin embargo, hemos también puesto de relieve los problemas que ofrece el tema del consentimiento en las relaciones laborales, toda vez que se trata de una relación asimétrica en la que muchas veces la expresión libre de la voluntad puede estar seriamente limitada. Es por ello que se ha sugerido que “[e]n vez de solicitar el consentimiento, los empresarios deben investigar si es una necesidad demostrable controlar la localización exacta de los empleados con un fin legítimo y sopesar dicha necesidad con los derechos y libertades fundamentales de los trabajadores”¹¹⁶². Como lo hemos señalado respecto de otras medidas de control, por el potencial restrictivo de derechos fundamentales, la utilización de sistemas de geolocalización ha de fundarse en un interés empresarial legítimo, tal medida debe ser necesaria, idónea y proporcionada y ha de ajustarse a la noción de intervención mínima, pues “[e]l empresario debe siempre buscar los medios menos intrusivos”¹¹⁶³.

3.3.2.3. *El control empresarial de las comunicaciones del trabajador*

El derecho al secreto de las comunicaciones, si bien se orienta precisamente a garantizar la privacidad, ha tenido una consagración específica. Recordemos que la Declaración Universal de Derechos Humanos se refiere a las injerencias en la correspondencia de las personas, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de injerencias arbitrarias o ilegales en su correspondencia, el Convenio Europeo al derecho al respeto

¹¹⁶¹ GOÑI SEIN: “Controles empresariales: geolocalización...”, p.26.

¹¹⁶² GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS - ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE: *Dic-tamen 13/2011*, WP 185, p.15.

¹¹⁶³ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS - ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE: *Dic-tamen 13/2011*, WP 185, p.15.

de su correspondencia, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea al derecho al respecto de sus comunicaciones, y la Convención Americana a las injerencias arbitrarias o abusivas en su correspondencia. De igual modo, la Constitución de España, en el artículo 18.3, garantiza “el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial” y la Constitución de Chile, en el artículo 19 núm. 5° garantiza la inviolabilidad “de toda forma de comunicación privada”, agregando que sólo puede interceptarse, abrirse o registrarse comunicaciones y documentos privados en los casos y formas determinados por la ley. Se ha entendido que un mensaje privado es aquel que se realiza mediante medios o canales cerrados, “de lo que cabe esperarse sea conocida exclusivamente por los interlocutores de la misma, en el sentido de que a él no pueden acceder terceros”¹¹⁶⁴.

Este es uno de los espacios que ha dado y está dando lugar a gran parte de los conflictos que suscitan en el ámbito laboral. Inicialmente vinculado al uso de un teléfono de la empresa por parte del trabajador, hoy se extiende a la utilización medios informáticos, con las diversas herramientas que ellos ofrecen a través de Internet, como son los correos electrónicos, los servicios de mensajería y las redes sociales.

El Tribunal Constitucional español ha entendido, en la temprana sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, que “el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas”. Se protege, como recuerda la STCCh rol núm. 2153-11, de 11 de septiembre de 2012, “aquella forma de comunicación que dirige el emisor al receptor con el propósito de que únicamente él la reciba y ambos sepan su contenido; por tanto, se prohíbe a otras personas imponerse de éste”.

En la citada STCE 114/1984, de 29 de noviembre, el Tribunal Constitucional afirma que “[e]l bien constitucionalmente protegido es así -a través de la imposición a todos del «secreto»- la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho

¹¹⁶⁴ STCCh rol núm. 2153-11, de 11 de septiembre de 2012. Sobre la distinción entre canales cerrados y canales abiertos es posible mencionar dos sentencias relativamente recientes del Tribunal Constitucional español que han generado una importante discusión en la doctrina científica: las SSTCE 241/2012, de 17 de diciembre y 170/2013, de 7 de octubre. Respecto de la primera, el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré formuló un voto particular con importantes y fundadas críticas a los razonamientos de la sentencia.

puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo)”. Más recientemente, la STCE 241/2012, de 17 de diciembre, señala que el conocimiento antijurídico de lo comunicado puede referirse no sólo a la apertura de la correspondencia tradicional ajena guardada por su destinatario, sino también “de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de telefonía móvil”. En definitiva, agregaba la STCE 114/1984, “la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma”.

Respecto del conocimiento antijurídico de lo comunicado, extrañamente, la recién citada sentencia 241/2012, luego de referirse a la doctrina establecida por la STCE 114/1984, invocando la STCE 70/2002, de 3 de abril, añade que “la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan otros derechos”, lo que sería claramente contradictorio con lo afirmado anteriormente. A este respecto, en el voto particular que formulara el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré se señala que la cita de la STC 70/2002 está “fuera de juego”, pues el secreto resguarda del “conocimiento antijurídico de lo comunicado” y que a ella se alude “de manera descontextualizada”¹¹⁶⁵.

Este derecho busca mantener al margen de la comunicación a terceros, sean éstos un órgano del Estado o un particular; por ello, “este derecho puede invocarse en distintos ámbitos, como el laboral, en el matrimonio, la cárcel” (STCCh rol núm. 2153-11, de 11 de septiembre de 2012). Así, debemos afirmar categóricamente que, en principio, a los empleadores les está vedado acceder a las comunicaciones privadas del trabajador, cualquiera sea el medio o soporte en que éstas se efectúen. No hay ley alguna que le confiera facultades de interceptación de las mismas, por importantes poderes de los que estén dotados.

¹¹⁶⁵ En el caso del año 2002, quien había accedido al contenido de una carta alegaba que, al momento de revisarla, desconocía que se trataba de una carta.

Se ha señalado por la doctrina que, mientras en el derecho a la intimidad, más impreciso y flexible, se han admitido comportamientos invasivos del empleador (mediante la ponderación de las medidas empresariales, en tanto se les estimen idóneas, necesarias y proporcionales), tratándose del secreto o la inviolabilidad de las comunicaciones, dado su carácter formal, no cabe admitirse tales intromisiones¹¹⁶⁶. En esta línea, la STCE 114/1984, de 29 de noviembre, afirma que el concepto de secreto en este derecho reconocido en la Constitución “tiene un carácter «formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”. En idéntico sentido, la STCCh rol núm. 2153-11, de 11 de septiembre de 2012, expresa que “[el]l carácter inviolable de la comunicación no tiene que ver tampoco con el contenido de la misma”, pues [s]e protege el mensaje, sea que tenga que ver con aspectos públicos o privados, sea que se refieran a aspectos trascendentes o intrascendentes, afecten o no la vida privada”. Como evidenciaremos más adelante, la noción de secreto de la comunicación “cubre no sólo el contenido, sino también otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores”¹¹⁶⁷.

La normativa constitucional e internacional considera la posibilidad de que por ley pudiera permitirse a la autoridad pública ciertas intromisiones, aunque con severas restricciones. En ese sentido, Santolaya Machetti, citando especialmente la STEDH Malone c. Reino Unido, núm. 8691/79, de 2 de agosto de 1984, destaca que el Tribunal Europeo no solamente “ha rechazado toda intromisión en la vida privada no expresamente prevista por la ley”, sino que “ha analizado las condiciones materiales que debe reunir esa Ley”, la que “debe ser lo suficientemente clara en sus términos para dotar a los ciudadanos de adecuadas indicaciones acerca de las circunstancias en que las autoridades están autorizadas a interferir en su vida privada y correspondencia... debe estar suficientemente delimitado el grado de discrecionalidad en su aplicación... con razonable precisión, en reglas accesibles que indican de manera suficiente la finalidad y

¹¹⁶⁶ Vid. MARÍN ALONSO, Inmaculada: “La facultad fiscalizadora del empresario sobre el uso del correo electrónico en la empresa: su limitación en base al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 75, 2004, pp.95-122.

¹¹⁶⁷ STCE 170/2013, de 7 de octubre de 2013.

forma de ejercicio de los poderes conferidos a las autoridades”¹¹⁶⁸. En el voto particular que formulara el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré respecto de la STCE 241/2012, de 17 de diciembre, se recuerda que, en relación con el secreto de las comunicaciones, “cualquier intervención empresarial debe producirse con las prevenciones y cánones de la autorización judicial que cita el art. 18.3 CE, en cuya definición nuestra jurisprudencia incorpora la exigencia de una norma legal que habilite la injerencia -«una ley de singular precisión» (STC 49/1999, FJ 4)- y dispone que los Jueces y Tribunales podrán adoptar la medida sólo cuando concurren los presupuestos materiales pertinentes (*ibídem*)”.

La discusión no estaría en torno a esta posibilidad de admitir al empresario intromisiones en las comunicaciones privadas de los trabajadores, sino más bien se centra en la naturaleza privada o no de las comunicaciones de éstos y de las huellas o registros que de ellas pudieran quedar. Dicho de otro modo, los empresarios argumentarán su acceso a las mismas a partir de la afirmación de que no se trata de comunicaciones privadas y que, por ello, no puede existir expectativas de privacidad respecto de las mismas.

Inicialmente los conflictos relacionados con el secreto de las comunicaciones se presentan en relación con la privacidad de las llamadas telefónicas personales del trabajador utilizando un teléfono de su empleador. Con posterioridad, la mayor problemática se ha producido en torno a la utilización del correo electrónico y programas de mensajería, junto a la navegación en Internet.

- Las conversaciones telefónicas

Si bien se refieren a interceptaciones y escuchas de conversaciones telefónicas por la autoridad pública, las SSTEDH en los asuntos *Kruslin c. Francia*, núm.11801/85, de 24 de abril de 1990 y *Huvig c. Francia*, núm.11105/84, de 24 de abril de 1990,

¹¹⁶⁸ SANTOLAYA MACHETTI: “Derecho a la vida privada y familiar...”, p.492. Sobre interceptaciones y escuchas por la autoridad pública, se citan, además, las SSTEDH en los asuntos *Kruslin c. Francia*, núm.11801/85, de 24 de abril de 1990; *Huvig c. Francia*, núm.11105/84, de 24 de abril de 1990; *Valenzuela Contreras c. España*, núm.27671/95, de 30 de julio de 1998; *Khan c. Reino Unido*, núm.35394/97, de 12 de mayo de 2000; *P.G. y J.H. c. Reino Unido*, núm.44787/98, de 25 de septiembre de 2001; *Taylor-Sabori c. Reino Unido*, núm.47114/99, de 22 de octubre 2002; *Allan c. Reino Unido*, núm.48539/99, de 5 de noviembre 2002, y *Prado Bugallo c. España*, núm.58496/00, de 18 de febrero de 2003.

señalan tajantemente que ellas “*représentent une atteinte grave au respect de la vie privée et de la correspondance*”. Se ha criticado que en estas sentencias “la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reafirma -aunque no identifica- la relación entre la protección de las conversaciones telefónicas y el derecho a la protección de la vida privada”¹¹⁶⁹, lo que podría llevar a una confusión entre el ámbito de la intimidad y el de la comunicación secreta¹¹⁷⁰. Compartimos lo afirmado, en el sentido que es preciso tener presente el carácter formal del derecho al secreto o inviolabilidad de las comunicaciones, independiente de que lo comunicado afecte o no la vida privada; con todo, no debemos obviar que las conductas de intervención y escucha de llamadas telefónicas privadas tienen un potencial pluriofensivo, en tanto no sólo pueden atentar al derecho al secreto de las comunicaciones, sino también implicar el acceso a un contenido privado o íntimo.

En la medida que el trabajador pueda llamar o recibir llamadas personales en un teléfono de la empresa, el acceso por el empleador a cualquier comunicación telefónica que aquel efectúe constituirá una violación del derecho al secreto de las comunicaciones, amparado constitucionalmente y por los instrumentos internacionales¹¹⁷¹. Cabe recordar que en la STEDH Halford c. Reino Unido, núm.20605/92, de 25 de junio de 1997, para el Tribunal “*il ressort clairement de sa jurisprudence que les appels téléphoniques émanant de locaux professionnels, tout comme ceux provenant du domicile, peuvent se trouver compris dans les notions de «vie privée» et de «correspondance» visées à l'article 8 par. 1*”¹¹⁷².

Cabe consignar que para el TEDH, en sentencia sobre asunto Malone c. Reino Unido, núm. 8691/79, de 2 de agosto de 1984, el artículo 8 del Convenio puede ser violado, aunque no se haya accedido al contenido de la comunicación misma, con la utilización del llamado *comptage*, es decir, el registro automático de los números

¹¹⁶⁹ MARÍN ALONSO: “La facultad fiscalizadora del empresario...”, p.100.

¹¹⁷⁰ Sobre la tendencia de los tribunales españoles de enjuiciar el control empresarial de las comunicaciones de los trabajadores desde el derecho a la intimidad y no desde el secreto de las comunicaciones *vid.* ROQUETA BUJ: “El derecho a la intimidad de los trabajadores...”, pp.438-439.

¹¹⁷¹ En este sentido se pronuncia la STS núm. 2045, de 10 de marzo de 1990. En este caso se rechaza la interceptación por parte del empresario de llamadas realizadas por un trabajador del que se sospechaba estaba cometiendo un delito.

¹¹⁷² *Vid.*, entre otras, las anteriores SSTEDH Klass y otros c. Alemania, núm. 5029/71, de 6 de septiembre de 1978; Huvig c. Francia, núm.11105/84, de 24 de abril de 1990, Niemietz c. Alemania, núm.13710/88, de 16 de diciembre de 1992, y la posterior sentencia del asunto Amann c. Suiza, núm. 27798/95, de 16 de febrero de 2000.

marcados en un determinado aparato telefónico, por no estar prevista por la ley, en el sentido del artículo 8.2. En la misma línea, la sentencia STCE 241/2012, de 17 de diciembre, recuerda que “el concepto de secreto de la comunicación, cuando opera, cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores, por lo que este derecho queda afectado tanto por la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas como también por el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil”¹¹⁷³.

De la jurisprudencia relativa al artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales pueden deducirse, como principio, que “los trabajadores tienen confianza legítima en que se respetará su vida privada en el lugar de trabajo, confianza que no queda anulada por el hecho de utilizar herramientas de comunicación u otros medios profesionales del empleador”, aunque el suministro de información adecuada por el empleador al trabajador sobre la posibilidad de interceptación “puede disminuir esta confianza legítima”¹¹⁷⁴.

Una hipótesis distinta es aquella en la cual la prestación que debe efectuar el trabajador consiste precisamente en el contacto telefónico con clientes actuales o potenciales de la empresa, en tareas como el *telemarketing*, la venta telefónica, servicios de atención al cliente o servicios de información telefónica. En estos casos, en principio, aparece justificado el interés empresarial por acceder al contenido y forma de la comunicación, en la medida que ello le permite evaluar la actividad laboral del trabajador. Entonces, por una parte, la prestación laboral se realiza mediante la comunicación y, por otra, “son los mismos instrumentos que el trabajador utiliza para

¹¹⁷³ Cita al efecto varias sentencias, entre la que destaca la STC 230/2007, de 5 de noviembre, la que afirma que el “acceso policial al registro de llamadas del terminal móvil intervenido al recurrente sin su consentimiento ni autorización judicial, dicho acceso no resulta conforme a la doctrina constitucional reiteradamente expuesta sobre que la identificación de los intervinientes en la comunicación queda cubierta por el secreto de las comunicaciones garantizado por el art. 18.3 CE y, por tanto, que resulta necesario para acceder a dicha información, en defecto de consentimiento del titular del terminal telefónico móvil intervenido, que se recabe la debida autorización judicial”. Además hace referencia a las SSTEDH de los casos *Malone c. Reino Unido* y *Copland c. Reino Unido*, a las que ya hemos aludido.”

¹¹⁷⁴ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS - ARTÍCULO 29: Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, 5401/01/ES/Final WP 55, disponible en línea en: ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2002/wp55_es.pdf, p.9.

realizar la prestación laboral, los que controlan ésta”¹¹⁷⁵, es decir, coinciden herramienta de trabajo e instrumento de control.

Parece obvio que, en aquellos casos en que la prestación laboral se realiza mediante las llamadas telefónicas, el trabajador no debiera tener expectativas de privacidad en sus comunicaciones, especialmente si conoce que ellas pueden ser escuchadas, grabadas y evaluadas por el empresario. Con todo, el control que efectúe el empleador presenta riesgos de afectación de la intimidad del trabajador y/o de los clientes, por lo que debe ajustarse razonablemente a los fines perseguidos, implicar la menor restricción posible y ser conocido por los sujetos que intervienen en la comunicación.

La STS español 7798/2003, de 5 de diciembre, se refiere a la legalidad del control empresarial consistente en oír y grabar, aleatoriamente, un reducido porcentaje de las llamadas que reciben trabajadores de *telemarketing* de los clientes de la empresa, medida que es conocida por los trabajadores y disponiendo éstos de teléfonos no intervenidos para efectuar y recibir llamadas particulares. El Tribunal Supremo considera que tal práctica empresarial “va dirigida exclusivamente a controlar el trabajo de sus empleados con una finalidad meramente laboral y con medios ponderados”, razonando, según entendemos, que se trata de comunicaciones laborales y no personales. Se ha observado que el Tribunal Supremo ha admitido la licitud de este control constante y preventivo, frente a las exigencias manifestadas por el Tribunal Constitucional de que las formas de control que pudieran implicar restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales sean puntuales y defensivas¹¹⁷⁶. Con todo, el propio Tribunal Supremo advierte que, no obstante esto, “no se deduce que la empresa no pueda por esa vía atentar al derecho de intimidad de cualquier trabajador por cuanto, a pesar de todo, en esas conversaciones con los clientes pueden surgir comentarios que afecten a derechos fundamentales del trabajador incluidos dentro de la esfera de su intimidad en cuanto espacio excluido de cualquier posible intervención ajena -ideología política, afiliación sindical, libertad de expresión, etc., que, en cuanto fueran utilizados por el empleador podrían conducir a una declaración de nulidad en un proceso particular adecuado al caso”. Entendemos, en definitiva, que, aunque las llamadas sean laborales,

¹¹⁷⁵ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, p.73.

¹¹⁷⁶ Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ: “La intimidad del trabajador y su tutela...”, s/p.

si en ellas se revelaran aspectos privados del trabajador, el empleador debe guardar la debida reserva y, en ningún caso, utilizar dicha información.

- El uso del correo electrónico e Internet

No es este el lugar para detenerse en un largo diagnóstico respecto de la importancia de los cambios que ha implicado el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación, siendo evidente que ellas han transformado la vida de las personas en los más diversos ámbitos, incluidos los lugares de trabajo¹¹⁷⁷. Sin embargo, junto a este progreso han surgido nuevas amenazas para los derechos fundamentales de los trabajadores. Como hemos adelantado, un aspecto en el que el control empresarial ha sido particularmente conflictivo dice relación con el uso privado por parte del trabajador del ordenador que el empleador le provee como herramienta de trabajo para acceder a su correo electrónico o para la navegación en Internet, con las múltiples opciones que ésta ofrece, incluidos los servicios de mensajería instantánea y las redes sociales. Cabe consignar que, en principio, las comunicaciones electrónicas de los trabajadores están cubiertas por el derecho a la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones; “[l]o que queda por examinar, y se presta de hecho a cierto margen de interpretación, es en qué medida pueden permitirse excepciones o restricciones a este principio, sobre todo cuando entra en conflicto con derechos y libertades de otros...”¹¹⁷⁸.

Respecto de la actividad de control del empleador de las comunicaciones electrónicas, “tanto la vigilancia en tiempo real como el acceso a datos almacenados”¹¹⁷⁹, son muchas las interrogantes que han surgido y diversas las

¹¹⁷⁷ Se ha denunciado que “el ordenamiento no ha acompañado la rápida evolución y difusión de las tecnologías de la información y comunicación en el ámbito de la empresa, situado a varios pasos por detrás de una realidad que reclama soluciones” (CARDONA RUBERT, María Belén: “Reinterpretación de los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones en el modelo constitucional de relaciones laborales: un paso atrás. Comentario a la STC 241/2012, de 17 de septiembre”, en *Revista de derecho social*, N° 60, 2012, p.170).

¹¹⁷⁸ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS - ARTÍCULO 29: *Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo*, 5401/01/ES/Final WP 55, disponible en línea en: ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2002/wp55_es.pdf, p.20.

¹¹⁷⁹ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS - ARTÍCULO 29: *Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo*, 5401/01/ES/Final WP 55, disponible en línea en: ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2002/wp55_es.pdf, p.6. En este documento es posible apreciar cierta tensión entre dos enfoques. Por una parte se señala que “[l]os trabajadores no dejan su derecho a la vida privada y a la protección de datos cada mañana a la puerta de su lugar de

respuestas de la jurisprudencia y la doctrina¹¹⁸⁰, por ejemplo: ¿la propiedad empresarial de los equipos autoriza el registro de las comunicaciones que a través de ellos se efectúa?, ¿cabe distinguir entre correo electrónico personal y correo institucional o de la empresa?, ¿qué sucede con la utilización de los servicios de mensajería (*chat*)?, ¿la regulación o prohibición empresarial de la utilización personal posibilita la revisión en caso de vulneración a lo dispuesto por el empleador?, ¿el historial de navegación en Internet es información privada del trabajador?, o ¿qué derechos podrían eventualmente verse vulnerados?

El Tribunal Supremo español ha reconocido las facultades de vigilancia de los empresarios en este ámbito, afirmando en la STS núm. 6128/2007, R.U.D núm. 966/2006, de 26 septiembre de 2007, que “las medidas de control sobre los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores se encuentran, en principio, dentro del ámbito normal de esos poderes: el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario «como propietario o por otro título» y éste tiene, por tanto, facultades de control de la utilización, que incluyen lógicamente su examen”. Cabe advertir que, según ha expresado el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos - Artículo 29, “[e]n cualquier caso, el secreto de las comunicaciones y de la correspondencia no depende de la ubicación o la propiedad de los medios electrónicos utilizados, según se establece en constituciones y principios jurídicos fundamentales”¹¹⁸¹. Con todo, el Tribunal Supremo español, en la citada sentencia, subraya que “[e]l empresario tiene que controlar el uso del ordenador, porque en él se cumple la prestación laboral y, por tanto, ha de comprobar si su uso se ajusta a las finalidades que lo justifican, ya que en otro caso estaría retribuyendo como tiempo de

trabajo”, el cual “debe, no obstante, conciliarse con otros derechos e intereses legítimos del empleador, en particular, su derecho a administrar con cierta eficacia la empresa, y sobre todo, su derecho a protegerse de la responsabilidad o el perjuicio que pudiera derivarse de las acciones de los trabajadores” (*Ibidem*, p.4). Sin embargo, posteriormente se señala que “conviene tener siempre presente que, si bien los trabajadores tienen derecho a un cierto grado de respeto de la vida privada en el trabajo, este derecho no debe lesionar el derecho del empleador de controlar el funcionamiento de su empresa y de protegerse contra una actuación de los trabajadores susceptible de perjudicar sus intereses legítimos, por ejemplo la responsabilidad del empleador por acciones de sus trabajadores” (*Ibidem*, p.6). En nuestro concepto, son los derechos fundamentales del trabajador los que pueden eventualmente ser sometidos a medidas restrictivas empresariales, en tanto estas sean idóneas, necesarias y proporcionales. No cabría ponderar el ejercicio de los derechos a la vida privada del trabajador, como si se tratara de una medida restrictiva a los derechos empresariales.

¹¹⁸⁰ Se ha constatado que esta cuestión no es pacífica, “no existen reglas ecuménicas determinadas, debiéndose hacer una valoración *ad hoc* en función de las circunstancias concurrentes en cada caso” (ROQUETA BUI: “El derecho a la intimidad de los trabajadores...”, p.441).

¹¹⁸¹ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS - ARTÍCULO 29: *Documento de trabajo WP 55*, p.20.

trabajo el dedicado a actividades extralaborales”. Tan categóricas expresiones creemos que deben ser matizadas, pues no podría sostenerse que, en virtud de tal poder, todo control empresarial sea admisible¹¹⁸².

A este respecto, quisiéramos destacar el voto particular que formulara el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré respecto de la STC 241/2012, de 17 de diciembre. En este se manifiesta que “a partir [del] contexto constitucional y en la medida en que en el ámbito de la prestación laboral los diferentes medios utilizados por los trabajadores son de titularidad empresarial, las trabas al uso de los tan mencionados medios informáticos no pueden ampararse de manera dura y ruda en esta circunstancia”. Previamente, se afirma que “desde la perspectiva del derecho a la libertad de comunicaciones del art. 18.3 CE, las órdenes limitativas del uso, incluso privado, de esas herramientas, podrán ser en ocasiones contrarias a aquel derecho fundamental”, en tanto “el contrato de trabajo no incomunica al trabajador, instalándose, en la organización empresarial en la que presta servicios, en una situación de soledad hacia el exterior; y, de su lado, la titularidad de esos medios y herramientas tampoco confiere al empresario un derecho a restricciones caprichosas”. Pero no sólo se funda el art. 18.3 CE, sino que señala que la Constitución “no ha recogido una concepción abstracta del derecho de propiedad como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general”, sino que al contrario, “no sólo la utilidad individual, sino también la función social, definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2)”.

El “Grupo de trabajo sobre protección de datos -Artículo 29” indica los siguientes principios para la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de

¹¹⁸² Para Desdentado Bonete hay que distinguir entre control rutinario y control de emergencia. En su concepto, este último es posible, pero necesita una justificación específica. Él enlaza la doctrina constitucional sobre ponderación del conflicto entre las facultades empresariales y el derecho a la intimidad del trabajador con el artículo 20.3 ET. Su solución no es muy diferente de la del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos - Artículo 29 o de las que hemos venido presentando. Este autor señala que “[l]a intervención tendrá que justificarse en la protección de un interés empresarial relevante; deberá ser idónea para la finalidad pretendida; necesaria -en el sentido de que no exista otra alternativa viable- y equilibrada, al ponderar los derechos en conflicto” (DESDENTADO BONETE: “Contrato de trabajo y nuevas tecnologías...”, p.255).

trabajo: necesidad; finalidad determinada, explícita y legítima, junto al tratamiento compatible con dicha finalidad; transparencia (información al interesado, notificación a la autoridad y derecho al acceso de los datos tratados); proporcionalidad; exactitud y conservación por el mínimo tiempo, y seguridad en la protección de datos¹¹⁸³.

Hay empresas en las cuales se proporciona un correo electrónico al trabajador, restringiendo su uso a fines estrictamente laborales y prohibiendo toda utilización para fines ajenos a la actividad empresarial. La interdicción suele estar asociada a la indicación de que, en razón de ella, los mensajes pueden ser objeto de control. En condiciones de información y publicidad de tales políticas empresariales, se ha estimado por algunos que “debe considerarse legítima la posibilidad de acceso del empresario al correo electrónico del trabajador sin requerir su consentimiento ni recabar autorización judicial”¹¹⁸⁴. Se ha señalado, citando sentencias de diversos tribunales españoles, que en estos casos “el acceso del empresario a las comunicaciones del trabajador puede colisionar con el derecho a la intimidad de éste, mas no con el derecho al secreto de las comunicaciones”¹¹⁸⁵. Otros han señalado que el empresario “no tiene derecho a fiscalizar las comunicaciones privadas o profesionales en las que no participa como interlocutor”, pues “la existencia de un contrato no es motivo suficiente para considerar al empresario como un «tercero cualificado» para transgredir el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”¹¹⁸⁶.

Desde nuestra perspectiva, tratándose de un correo electrónico proporcionado al trabajador por la empresa (correo institucional), siempre que exista la prohibición de utilización para fines personales, unida a la debida información acerca de que los mensajes pueden ser controlados, evidentemente la expectativa de privacidad decae, en especial respecto de los correos enviados por el trabajador. Sin embargo, el correo

¹¹⁸³ Vid. GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS - ARTÍCULO 29: *Documento de trabajo WP 55*, pp.13-19.

¹¹⁸⁴ GOÑI SEIN: “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo...”, p.81. Aunque este autor matiza lo afirmado, señalando que, “tratándose de una limitación en un derecho fundamental, es exigible siempre una justificación objetiva en el ejercicio del control por parte del empresario”, calificando de ilícitas “inspecciones arbitrarias indiscriminadas o exhaustivas en los mensajes electrónicos enviados por el trabajador” (*Ibidem*).

¹¹⁸⁵ ROQUETA BUI: “El derecho a la intimidad de los trabajadores...”, p.442.

¹¹⁸⁶ MARÍN ALONSO: “La facultad fiscalizadora del empresario...”, p.100. Para esta autora las comunicaciones del trabajador son secretas, “decaendo únicamente la protección que brinda el art. 18.3 CE mediante el mecanismo previsto para ello en el propio texto constitucional, es decir, mediante autorización judicial motivada, o bien, por voluntad de alguno de los intervinientes en el proceso comunicativo” (*Ibidem*, p.115).

personal estará siempre amparado por el secreto de las comunicaciones y, tratándose de un correo institucional, los mensajes personales (no profesionales) recibidos por el trabajador están amparados por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. En todos estos casos, el contenido de los mensajes personales está amparado por el derecho a la intimidad, de modo que cualquier restricción ha de satisfacer los cánones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Es interesante tener presente lo señalado por la Dirección del Trabajo de Chile, en dictamen ordinario núm. 2210/035, de 5 de junio de 2009 (dictamen marco en materia de derechos fundamentales), al expresar que “de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores”. Es decir, “esta regulación podrá recaer en el uso del correo electrónico, no en la garantía constitucional de inviolabilidad de la comunicación privada”. Por su parte, en relación a lo señalado en el párrafo precedente, los tribunales chilenos han declarado que los correos electrónicos dirigidos a un trabajador son de carácter privado, aun cuando la empresa sea dueña de casilla institucional a la cual se enviaron, incluso si el trabajador ha dejado de prestarle servicios (SSJT de Santiago (2°), causa rol T-12-2009, de 17 diciembre de 2009 y causa rol T-385-2011, de 15 de diciembre 2011¹¹⁸⁷).

En su momento, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de la CE, en el asunto Funcionarios-Empleados del Banco Central Europeo c. Banco Central Europeo, T-333/99, de 18 de octubre de 2001, afirmó “la obligación del empleado del BCE de utilizar los instrumentos de trabajo de los que dispone, en principio, sólo con fines profesionales” y validó la medida del empleador de revisión del ordenador que ocupaba el trabajador, ante la sospecha de que había obtenido en repetidas ocasiones, a través de Internet, documentos de carácter pornográfico y de ideologías políticas extremistas y que los había enviado a terceras personas por correo

¹¹⁸⁷ La sentencia puntualiza que “el carácter de privado del documento en cuestión no se ve afectado por el hecho que la empresa sea dueña de la casilla institucional a la cual se envió, puesto que lo que le da el carácter de privado es que tanto el remitente como los demás destinatarios tenían la legítima expectativa de que su comunicación no fuera interceptada ni conocida por personas diversas a las que el correo fuera dirigido”.

electrónico, existiendo una protesta de un colega de trabajo en este sentido. En todo caso, se ha observado que, “pese a la aceptación por el Tribunal de que el equipamiento de trabajo, y, en concreto, el ordenador con el cual ejerce su actividad el trabajador, debe utilizarse, en general, para fines profesionales, no rechaza la posibilidad de que ello, en determinadas circunstancias, no tenga por qué ser así”¹¹⁸⁸.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido una doctrina claramente más protectora de la privacidad, a partir de la consideración de la existencia de expectativa razonable de intimidad. En la STEDH asunto Copland c. Reino Unido, núm.62617/00, de 3 de abril de 2007, se expresa que así como en la jurisprudencia del Tribunal las llamadas telefónicas desde los establecimientos profesionales están *prima facie* cubiertas por las nociones de vida privada y de correspondencia¹¹⁸⁹, “[i]l s’ensuit logiquement que les messages électroniques envoyés depuis le lieu de travail doivent jouir de la même protection au titre de l’article 8, tout comme les éléments recueillis au moyen d’une surveillance de l’usage qu’une personne fait de l’Internet”. En esa línea, reafirma el TEDH la existencia de una expectativa de intimidad, al expresar que así como un trabajador que no fue advertido de que sus llamadas podrían ser controladas puede razonablemente esperar privacidad desde su teléfono, “[i]l en va de même pour ses messages électroniques et ses connexions à des sites Internet”.

En aquellas empresas en las cuales existe una cierta tolerancia a la utilización para fines personales del correo electrónico institucional¹¹⁹⁰ y en los casos en que el trabajador accede en los equipos computacionales de la empresa a su correo personal o los utiliza para aplicaciones de mensajería, tales comunicaciones están amparadas por el secreto y son inviolables. En los trabajadores que utilizan estos equipos computacionales existe una razonable expectativa de privacidad, la cual ha de ser considerada. Aquí la interceptación, aprehensión, revisión o la copia de estas comunicaciones, con independencia de su contenido, están vedadas para el

¹¹⁸⁸ CAMAS RODA: “La intimidad y la vida privada del trabajador...”, p.174

¹¹⁸⁹ Como se señala en la citada sentencia Halford c. Reino Unido, núm.20605/92, de 25 de junio de 1997.

¹¹⁹⁰ Roqueta Buj señala que en estos supuestos de uso indiscriminado cabría distinguir entre comunicaciones profesionales y personales, siendo las primeras fiscalizables y las segundas inviolables; sin embargo, advierte la dificultad para discernir entre unas y otras, por lo que se decanta por el secreto de todas estas comunicaciones, salvo consentimiento expreso del trabajador (ROQUETA BUJ: “El derecho a la intimidad de los trabajadores...”, pp.447-448).

empleador¹¹⁹¹. Estas comunicaciones sólo podrán ser objeto de fiscalización, previa autorización judicial, en los supuestos legalmente previstos¹¹⁹².

La jurisprudencia judicial en Chile muestra una marcada tendencia a rechazar el acceso del empleador a los correos electrónicos o a las conversaciones mediante programas de mensajería que haya efectuado el trabajador utilizando equipos computacionales de la empresa. Antes de la Reforma a la Justicia Laboral, encontramos sentencias en este sentido; así en la SCA de Santiago, rol núm. 7549/2005, de 27 de septiembre de 2006, se rechaza el ingreso del empleador al correo electrónico privado de la trabajadora, sin su consentimiento, con el objeto de comprobar faltas a la probidad que justificaran su despido¹¹⁹³. Luego de la Reforma a la Justicia Laboral, en el marco del nuevo procedimiento de tutela laboral es posible encontrar una serie de pronunciamientos en el sentido descrito. Destaca, como la primera en esta etapa, la sentencia del Juzgado del Trabajo (en adelante, SJT) de Copiapó, causa rol T-1-2008 (Madrid Obregón con Sociedad de Profesionales Kronos), de 15 de septiembre 2008, en la cual se acoge la demanda interpuesta por la trabajadora en contra de su ex empleador y se declara que el despido efectuado por ésta ha sido consecuencia directa de la vulneración de la garantía de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada que asistía a aquella, al haber efectuado éste una revisión del contenido de las conversaciones sostenidas por la trabajadora, mediante el sistema denominado “Messenger”, instalado por la trabajadora sin autorización de su empleador, en un computador de la empresa de uso no exclusivo. Debemos destacar que tal resolución se funda no sólo en lo dispuesto en la Constitución Política de la República y el Código del Trabajo, sino que en normativa internacional, considerando al efecto el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹¹⁹¹ *Vid.*, entre otros GOÑI SEIN: “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo...”, p.82 y ROQUETA BUJ: “El derecho a la intimidad de los trabajadores...”, p.446.

¹¹⁹² Según Goñi Sein, “[e]l empresario no puede acceder al mismo, ni a los ficheros del trabajador, de forma indiscriminada, ni con fines preventivos para controlar o asegurar su buen uso” (GOÑI SEIN: “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo...”, p.83). Aunque el citado autor admite el acceso si es que existe un interés empresarial legítimo, la medida sea idónea, necesaria y proporcionada, y la interceptación se contraiga al menor número de mensajes posibles y se acote temporalmente (*Vid. ibidem*, pp.83-84).

¹¹⁹³ La sentencia considera que se ha vulnerado el derecho a la intimidad de la trabajadora, mas no hace referencia explícita a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En un caso muy similar, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional español ha sido muy distinto. En efecto, la STCE 241/2012, de 17 de diciembre, se pronuncia sobre la revisión por el empleador del contenido de conversaciones sostenidas por trabajadoras de la empresa, mediante un programa denominado “Trillian”, instalado por ellas, contra la prohibición de aquel, en un ordenador de la empresa de uso no exclusivo. Para la mayoría de los magistrados, los actos propios de las trabajadoras de instalar y utilizar el mencionado programa en un ordenador de uso común y de libre acceso para todos los empleados, las priva de la garantía de la intimidad, “al posibilitar el conocimiento de las conversaciones por otro usuario del ordenador” y que, al ser incompatible el uso común con los usos personales, “la pretensión de secreto carece de cobertura constitucional, al faltar las condiciones necesarias para su preservación”. El voto particular que formulara el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré respecto de esta STCE 241/2012, reprocha al fallo olvidar la doctrina del propio Tribunal Constitucional sobre el derecho al secreto de las comunicaciones¹¹⁹⁴, recordando el carácter “formal” del mismo y “que el derecho es efectivo sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», pues la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros, públicos o privados, dada la eficacia *erga omnes* del derecho mismo y, por tanto y también al empresario, al que el contrato de trabajo no le convierte en interlocutor de las comunicaciones que sus trabajadores lleven a cabo entre sí o con terceras personas”. Agrega el voto particular que, “la protección que ofrece el art. 18.3 CE ha de incluir los supuestos en los que exista [...] la trasgresión de una orden empresarial de prohibición de instalación de sistemas de mensajería electrónica o de empleo de los existentes para un fin ajeno a la actividad laboral, pues el incumplimiento de lo ordenado no habilita en modo alguno interferencias en el proceso o en el contenido de la comunicación, sin perjuicio de que pueda acarrear algún tipo de sanción” y que “la posibilidad de acceso común al ordenador o de la falta de protección mediante claves en los archivos de sus usuarios” no autorizan la actuación empresarial, que “constituye una intromisión consciente y deliberada en el contenido de las comunicaciones efectuadas, que se ha llevado a efecto sin ninguna de las garantías constitucionales que legitiman su intervención”¹¹⁹⁵.

¹¹⁹⁴ Citando, al efecto, las SSTCE114/1984, de 29 de noviembre, 142/2012, de 2 de julio y 230/2007, de 5 de noviembre, además de SSTEDH caso Malone c. Reino Unido, núm. 8691/79, de 2 de agosto de 1984 y, caso Copland c. Reino Unido, núm.62617/00, de 3 de abril de 2007.

¹¹⁹⁵ Explica con notable claridad que “[m]ás allá de las precauciones que cada usuario pueda adoptar, debe afirmarse que quien abre un enlace o un archivo informático teniendo constancia de que contiene

En un fallo más reciente, el Tribunal Constitucional español reconoce al empleador la facultad de revisar correo electrónico institucional del que disponía el trabajador para su uso profesional, existiendo una prohibición de uso extralaboral consagrada en un convenio colectivo¹¹⁹⁶. La STCE 170/2013, de 7 de octubre, entiende que no se ha vulnerado el secreto de las comunicaciones, dado que “[l]a expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la adecuación de su prestación a las exigencias de la buena fe”. A partir de tal razonamiento, el TCE afirma que el canal de comunicación no era cerrado, “se hallaba abierto al ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario; sometido en consecuencia a su posible fiscalización, con lo que, de acuerdo con nuestra doctrina, quedaba fuera de la protección constitucional del art. 18.3 CE”. Con el mismo fundamento el citado tribunal descarta una vulneración del derecho a la intimidad, señalando que el trabajador no podía contar con una razonable expectativa de privacidad, puesto que “el régimen jurídico aplicable en la empresa respecto al uso de las herramientas informáticas de su propiedad hacía factible y previsible la posibilidad de que el empresario ejerciera su facultad legal de vigilancia sobre los correos electrónicos del trabajador, tanto a efectos de supervisar el correcto cumplimiento de su prestación laboral desarrollada a través de este instrumento, como a fin de constatar que su utilización se ceñía a fines estrictamente profesionales y no personales o extralaborales”. De acuerdo a los criterios que hemos venido exponiendo, no podemos compartir el razonamiento del TCE. La sola prohibición de un determinado uso no priva del carácter de comunicación privada a la realizada en contravención a

datos de las comunicaciones ajenas no hace nada diferente de quien abre una carta dirigida a otra persona”.

¹¹⁹⁶ Estamos ante un giro en la jurisprudencia, que en nuestro concepto debilita la garantía de los derechos fundamentales, pues “[l]a mera tipificación, en el convenio colectivo aplicable (incluso de ámbito sectorial: téngase en cuenta que éste no es siempre correctamente identificado, ni bien conocido en su contenido por los trabajadores), de infracciones sancionables relacionadas con el uso para fines personales de los medios informáticos de la empresa ha de considerarse, así pues, a partir de esta doctrina constitucional, como un régimen jurídico de uso de los mismos (en el sentido de la jurisprudencia del TS y el TEDH sobre el particular), sin necesidad de que existan propiamente, como parecía deducirse de aquéllas según su entendimiento inicialmente más extendido, protocolos o instrumentos reguladores ad hoc de origen empresarial o convencional destinados a regular, normalizar, clarificar, detallar y publicar, para su debido conocimiento en profundidad por todos los trabajadores, las pautas de uso y control de los mismos en la empresa” (BAZ RODRÍGUEZ, Jesús: “Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, junio 2014, p.367).

aquellas y, como hemos señalado, las políticas empresariales de control o vigilancia deben ser informadas debidamente a los trabajadores y no cabe suponerlas implícitas en la prohibición de uso extralaboral, con el impacto que ello conlleva en la efectividad de los derechos fundamentales de la persona del trabajador¹¹⁹⁷.

La navegación en Internet por los trabajadores en la empresa también ha dado lugar a conflictos en relación con el ejercicio de las facultades de control por parte del empresario. Estos conflictos pueden producirse por la utilización de Internet con fines personales, cuando ello ha sido prohibido por el empleador, o por una navegación abusiva en la red, en los casos en que el uso moderado se ha admitido por el empleador.

En todo caso, la mera navegación en Internet no es una actividad de comunicación equiparable a la correspondencia tradicional o electrónica, sino es más bien una conducta de acceso a información. Si bien tal acceso se efectúa a través de un sistema de comunicación, “el hecho simple de conectarse, consultar páginas, seleccionar información y descargar información no genera un acto de comunicación”¹¹⁹⁸, de manera que su control no implicaría una restricción a la inviolabilidad o secreto de las comunicaciones. Cuando decimos mera navegación, queremos descartar las comunicaciones personales que, aunque efectuadas a través de Internet, son equiparables a los correos electrónicos, en tanto son intercambios personales entre sujetos definidos, mediante canales cerrados, respecto de los cuales pueden existir razonables expectativas de privacidad y en cuyo caso se encontrarían amparados por el derecho a la inviolabilidad o secreto. Ejemplos de estas comunicaciones son, a nuestro entender, los mensajes internos en *Facebook*, los *chats* en *Gmail* y las conversaciones de *Whatsapp* que se sostengan a través de la modalidad *web* de esta aplicación.

El control de la navegación en Internet, sea en tiempo real o mediante la revisión del historial o los archivos temporales, sea en el ordenador que utiliza el trabajador o en el servidor de la empresa, podría entrañar limitaciones al derecho a la privacidad. El monitoreo de la navegación efectuada por el trabajador, en la medida que permite

¹¹⁹⁷ Como se ha señalado con claridad, “[n]o se trata de negar la facultad del empresario de controlar el uso de los medios informáticos, pero sí de exigir que en su ejercicio se utilicen métodos de control respetuosos de los derechos fundamentales” (CARDONA RUBERT, María Belén: “Reinterpretación de los derechos, p.180).

¹¹⁹⁸ GOÑI SEIN: “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo...”, p.85.

configurar un perfil de la persona en relación con sus ideas, creencias, opciones y preferencias personales, claramente afecta a la intimidad. El Tribunal Supremo español ha señalado respecto de los archivos temporales de Internet que, si bien se trata “de rastros o huellas de la «navegación» en Internet y no de informaciones de carácter personal que se guardan con carácter reservado... hay que entender que estos archivos también entran, en principio, dentro de la protección de la intimidad” (STS núm. 6128/2007, R.U.D núm. 966/2006, de 26 septiembre 2007). A este respecto, debemos recordar que la citada STEDH asunto Copland c. Reino Unido, núm.62617/00, de 3 de abril de 2007, afirma que está *prima facie* cubierto por el derecho a la vida privada el uso que una persona hace de Internet¹¹⁹⁹.

Si esta actividad de vigilancia es llevada al extremo de un acceso a información personalizada con toda la navegación realizada por un trabajador, implicaría un severo atentado a este derecho, “por la privación total de intimidad que comporta y porque sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho de control del empresario”¹²⁰⁰. Como señala con acierto Roqueta Buj, “el respeto a la dignidad e intimidad del trabajador delimita un ámbito no ilimitado sino restringido de vigilancia, y estos programas, al permitir que el empresario pueda registrar todo y ver directamente el uso que está dando el trabajador al ordenador conectado en la red, no ofrecen garantía alguna a los aspectos reservados e íntimos del trabajador presentes habitualmente cuando trabaja”¹²⁰¹.

Eventualmente una medida de control de la navegación podría efectuarse, limitándose de ese modo la privacidad del trabajador, pero tal medida tendría que ser en virtud de un interés empresarial legítimo, debiendo superar el test de proporcionalidad y ajustarse a la noción de intervención mínima¹²⁰². Ese interés empresarial ha de tener suficiente relevancia para justificar la restricción de un derecho fundamental del trabajador¹²⁰³. Como lo han dicho los tribunales “el hecho de que no se halle vedada la

¹¹⁹⁹ En la citada sentencia, el TEDH “*estime dès lors que la collecte et la conservation, à l’insu de la requérante, de données à caractère personnel se rapportant à l’usage qu’elle faisait du téléphone, du courrier électronique et de l’Internet ont constitué une ingérence dans l’exercice du droit de l’intéressée au respect de sa vie privée et de sa correspondance, au sens de l’article 8*”.

¹²⁰⁰ GOÑI SEIN: “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo...”, p.86.

¹²⁰¹ ROQUETA BUJ: “El derecho a la intimidad de los trabajadores...”, p.435.

¹²⁰² Vid. GOÑI SEIN: “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo...”, pp.86-87.

¹²⁰³ Se ha señalado que existiría legítimo empresarial “en poner coto al uso abusivo de los instrumentos informáticos de la empresa” o “ante la existencia de razonables sospechas de la comisión por parte del

utilización de las nuevas tecnologías entre los instrumentos disponibles para el control y vigilancia de la actividad laboral, no comporta que su aplicación pueda hacerse de manera omnímoda e indiscriminada, con abstracción de los derechos fundamentales del trabajador”¹²⁰⁴.

Resulta muy importante que la posibilidad de ser controlado haya sido informada a los trabajadores, pues, como ha expresado el TEDH, el trabajador puede tener una razonable expectativa de intimidad en sus visitas a sitios de Internet, si no fue advertido del control empresarial sobre las mismas (asunto Copland c. Reino Unido, núm.62617/00, de 3 de abril de 2007). Como recuerda la STS núm. 6128/2007, R.U.D núm. 966/2006, de 26 septiembre 2007, existe “un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores” y dicha tolerancia crea “una expectativa también general de confidencialidad en esos usos; expectativa que no puede ser desconocida”.

Con todo, para el Tribunal Supremo español, en la sentencia recién citada, es necesario tener presente que la situación de tolerancia y expectativa de privacidad descrita tampoco puede “convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, porque, aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización y para garantizar la permanencia del servicio”.

Al respecto, es pertinente tener en consideración que el “Grupo de trabajo sobre protección de datos -Artículo 29” ha indicado como principios para el control empresarial de la utilización de Internet por los trabajadores que “la prevención debería primar sobre la detección”, que “toda medida de control debe ser proporcionada al riesgo que corre el empleador”, que “[a]l analizar la utilización de Internet por los trabajadores, los empleadores deberían evitar sacar conclusiones precipitadas, dada la facilidad con que pueden visitarse involuntariamente algunos sitios...”, y que, por

trabajador de graves irregularidades en su puesto de trabajo” (ROQUETA BUJ: “El derecho a la intimidad de los trabajadores...”, p.435).

¹²⁰⁴ STSJ de Cantabria ROJ 38/2007 (recurso núm. 1149/2006), de 18 enero de 2007.

último, “[e]n todos los casos, deberán presentarse al trabajador en cuestión todos los hechos de que se le acusa y ofrecerle la posibilidad de refutar la utilización abusiva alegada por el empleador”¹²⁰⁵.

3.3.2.4. *Derecho del trabajador a la propia imagen*

El derecho a la propia imagen, como ha señalado el TCE, “forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona” (STCE 117/1994, de 25 de abril).

Anteriormente hemos dicho que subyace al reconocimiento del derecho a la privacidad una garantía aún más básica, cual es la libertad de las personas para configurar autónomamente su vida. A este respecto, Ugarte Cataldo destaca que “[m]ientras la privacidad como secreto le permite al trabajador mantener en la opacidad aspectos de su vida, denegando el acceso al panóptico empresarial, la privacidad como autonomía le permite al trabajador algo muy distinto: constituirse como sujeto propio y único, visibilizando su peculiar e individual percepción del mundo ante un espacio social tensionante a dicha visibilización, como es la empresa”¹²⁰⁶. El derecho a la propia imagen también se inscribe en el derecho a la vida privada como autonomía.

Es preciso señalar que hay ordenamientos en los cuales este derecho, aunque vinculado al derecho a la intimidad, tiene un reconocimiento como un derecho fundamental específico, tal es el caso de la Constitución española. En ella, como expresa la STCE 81/2001, de 26 de marzo, “ese derecho se configura como un derecho autónomo, aunque ciertamente, en su condición de derecho de la personalidad, derivado de la dignidad y dirigido a proteger el patrimonio moral de las personas, guarda una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad, proclamados ambos en el mismo art. 18.1 del Texto constitucional”¹²⁰⁷.

¹²⁰⁵ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS - ARTÍCULO 29: *Documento de trabajo WP 55*, p.24.

¹²⁰⁶ UGARTE CATALDO: “Privacidad, trabajo y derechos fundamentales”, p.17.

¹²⁰⁷ Sobre el carácter autónomo de este derecho, *vid.* SSTCE 156/2001, de 2 de julio y STC 14/2003 , de 28 de enero.

En el caso de la Constitución chilena no existe tal consagración diferenciada¹²⁰⁸, sin embargo, como afirma la SCS causa rol núm. 2506-2009, de 9 de junio de 2009, “tanto la doctrina, como la jurisprudencia coinciden en que su protección deviene procedente y encuadra en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, por encontrarse implícitamente comprendida en el atributo de privacidad de la persona, que esa norma se encarga de tutelar”. La doctrina científica ha sostenido que el derecho a la propia imagen es un derecho esencial de la persona que se encuentra implícito en el ordenamiento constitucional y que tiene un carácter autónomo¹²⁰⁹. Los tribunales han expresado que se busca con este derecho “que la persona decida libremente su exposición pública y las facetas de su personalidad que pueden ser objeto de ello”, siendo el derecho a la propia imagen, en concepto del tribunal, “derivación de la privacidad, en su forma de autodeterminación, esto es, la capacidad que tiene cada individuo para moldear su propia vida; dado que –en función de lo que esa persona desea– existe la posibilidad o imposibilidad de captar, reproducir y/o difundir imágenes del sujeto, en cuanto proyecciones de su personalidad”¹²¹⁰.

El derecho a la propia imagen de la persona del trabajador puede verse afectado de diversas formas en la relación laboral. Cabe al respecto tener presente que, como los demás derechos fundamentales, puede ser objeto de limitaciones en función de otros derechos fundamentales o de bienes constitucionalmente protegidos.

Por una parte, puede mencionarse el problema relativo a la captura, grabación y difusión por el empleador de la imagen del trabajador, la que, al tenor de la STCE

¹²⁰⁸ Ugarte Cataldo pone en evidencia que la cultura jurídica chilena, a propósito de las concepciones de la privacidad, “ha girado en torno a aquella restringida que ve en lo íntimo y lo privado una especie de manifestación de la propiedad, a veces simplemente material, identificando el hogar con lo privado, a veces como espacio inmaterial, protegiendo zonas de la vida -como las comunicaciones- que deben quedar alejadas del conocimiento de terceros” y promueve una concepción más amplia que considere la idea de la privacidad como autonomía, pues ello “permite, tanto por razones teóricas como políticas, una mejor protección de la posición del trabajador frente a los riesgos que provocan los poderes del empleador” (UGARTE CATALDO: “Privacidad, trabajo y derechos fundamentales”, pp.17-18)

¹²⁰⁹ Vid. NOGUEIRA ALCALA, Humberto: “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito: fundamentación y caracterización”, en *Ius et Praxis*, 2007, vol.13, n.2, pp.245-285. Se ha señalado por otros autores que “en lo que respecta a la vida privada protegida por esta disposición constitucional -el N° 4° del artículo 19 de la Constitución-, ésta comprende aquellas dimensiones más reservadas de la vida de las personas, como por ejemplo su historia médica, patrimonial o su condición sexual, y, por supuesto, el derecho al control de su propia imagen, su propio cuerpo y su propio nombre” (CORREA SUTIL, Sofía y RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo: *Ciudadanos en Democracia : fundamentos del sistema político chileno*, Random House Mondadori, Santiago de Chile, 2010, p.195).

¹²¹⁰ SCA de Santiago, en causa rol núm. 146986-2013 (recurso de protección), de 24 de febrero de 2014.

117/1994, de 25 de abril, “como expresión de la persona misma”, constituye “un ámbito exento capaz de impedir o limitar la intervención de terceros contra la voluntad del titular”. La STCE 81/2001, de 26 de marzo, caracteriza el derecho a la propia imagen como un derecho dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública”¹²¹¹. Sobre la especificidad de este derecho en lo que se refiere a esta faceta, como señala la citada sentencia, “[n]o cabe desconocer que mediante la captación y publicación de la imagen de una persona puede vulnerarse tanto su derecho al honor como su derecho a la intimidad”, pero “lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima”.

Las conductas empresariales eventualmente vulneratorias podrían producirse a partir de la utilización de sistemas de vigilancia audiovisuales, problemática a la que nos hemos referido anteriormente, señalando la potencialidad pluriofensiva de tal captación y almacenamiento de imágenes, pero también podría tener lugar en el marco de otras acciones del empleador, como podría ser la comunicación de la actividad empresarial o la propaganda de sus virtudes. En relación con la captación de la imagen del trabajador, persona identificada o identificable, mediante elementos tecnológicos y su conservación, igualmente debemos remitirnos a lo señalado respecto del tratamiento de datos, pues también, como en su momento lo indicamos, podría estar implicado el derecho a la autonomía informativa.

Con todo, cabe tener presente que, como lo ha sostenido reiteradamente el TCE, “el derecho a la propia imagen no tiene carácter absoluto o incondicionado, de manera que ante determinadas circunstancias la regla general, conforme a la cual es el titular del derecho quien decide si permite o no la captación y difusión de imágenes, queda excluida a favor de los otros derechos o intereses constitucionalmente legítimos” (STCE 18/2015, de 16 de febrero), por tanto, en cada caso concreto habrá que analizar la legitimidad y proporcionalidad de la medida empresarial.

¹²¹¹ Vid. también, al respecto STCE 23/2010, de 27 de abril, y 12/2012, de 30 de enero, entre otras.

La STCE 99/1994, de 11 de abril, se pronunció acerca del caso de un trabajador despedido porque, pese a los requerimientos reiterados de su empleador, se opuso a la captación de su imagen realizando el corte de jamón ibérico, en una muestra ante medios de comunicación y autoridades. El Tribunal Constitucional si bien reconoce que “existen actividades que traen consigo, con una relación de conexión necesaria, una restricción en el derecho a la imagen de quien deba realizarlas, por la propia naturaleza de éstas, como lo son todas las actividades en contacto con el público, o accesibles a él” y que, “cuando ello suceda, quien aceptó prestar tareas de esta índole, no puede luego invocar el derecho fundamental para eximirse de su realización, si la restricción que se le impone no resulta agravada por lesionar valores elementales de dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.) o de intimidad de ésta”; sin embargo, considera que ello no sucede en este caso¹²¹². Para el TC, en la especie “el vínculo contractual originario no puede considerarse, por sí sólo y sin otra consideración adicional, cobertura suficiente para la orden dada”, por lo que “[d]escartado que la restricción del derecho fundamental viniera impuesta por la naturaleza misma de las tareas expresamente contratadas, no bastaría con la sola afirmación del interés empresarial, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento”. Agrega el Tribunal Constitucional que una orden empresarial restrictiva de un derecho fundamental del trabajador tiene una complejidad especial, “en cuanto que no basta con que la orden sea, *prima facie*, legítima; es preciso acreditar una racionalidad específica en la que la restricción del derecho del trabajador, no instrumental para el efectivo desarrollo de su tarea, sea, verdaderamente, la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial”¹²¹³.

En la STEDH asunto De la Flor Cabrera c. España, núm. 10764/, de 27 de mayo de 2014, antes citada, el Tribunal señala que “[e]l derecho de la persona a la protección de su propia imagen constituye de esta manera uno de los componentes esenciales para alcanzar la plenitud personal y presupone, principalmente, el control del individuo sobre

¹²¹² Con todo cabe considerar que aunque en algún momento se haya consentido en la difusión de la propia imagen, las personas pueden cambiar su decisión y tal consentimiento puede dejarse sin efecto hacia el futuro, pues este derecho “es irrenunciable en su núcleo esencial y por ello aunque se permita autorizar su captación o divulgación será siempre con carácter revocable” (STCE 117/1994, de 25 de abril).

¹²¹³ Así, “que la limitación no sea directamente pactada no quiere decir que no pueda establecerse, pero sí requiere por parte del empresario un nivel de demostración más exigente sobre su necesidad” (DEL REY GUANTER, Salvador: “Notas sobre los derechos fundamentales inespecíficos y el contrato de trabajo en la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista andaluza de relaciones laborales*, N° 4, 1998, p.12).

su propia imagen”. Precisa el TDEH que, “si tal control implica en la mayoría de los casos la posibilidad para el individuo de rechazar la difusión de su imagen, comprende al mismo tiempo el derecho de éste de oponerse a la captura, la conservación y la reproducción de la misma por un tercero”.

La SCA de Santiago, en causa rol núm. 62241-2014 (recurso de protección), de 13 de noviembre de 2014, se pronuncia sobre el caso de un trabajador, conductor de transporte público, que alega la vulneración del derecho a la vida privada y honra, específicamente el derecho a la propia imagen, por la utilización, sin su consentimiento, de fotografías de su imagen personal que se publicaron en material destinado a promover la capacitación en el empresa en que trabajaba, haciendo presente que tal derecho “reviste para su titular la facultad de impedir que terceros, sin su debida autorización, capten, reproduzcan o difundan esa imagen, cualquiera sea la finalidad tenida en consideración para ello”. La Corte de Apelaciones declara “que no existe afectación a la honra ni a la vida privada ni menos al derecho de propiedad que el recurrente tiene sobre su imagen”, pues la imagen “de manera alguna denigra su honra ni afecta su vida privada” y “las imágenes son de su lugar de trabajo, aparece sentado frente al volante, lugar que no puede reclamar como privado”, pues para el tribunal “es de público conocimiento que los choferes de locomoción colectiva manejan a vista y paciencia de los usuarios, no están aislados”. De la lectura del fallo es evidente que la Corte de Apelaciones no distingue la especificidad del derecho a la propia imagen, el que puede ser vulnerado aunque no se revelen aspectos de la intimidad ni se lesione la honra.

Por otra parte, el derecho a la propia imagen de la persona del trabajador también dice relación con la libertad de autodeterminación de su apariencia física¹²¹⁴. Esta faceta positiva del derecho a la propia imagen, se basa en que “[l]a conformación de la misma, en lo que tiene de decisión personal sobre la apariencia física, es un reflejo, una manifestación de la personalidad”¹²¹⁵. El ámbito de protección de este

¹²¹⁴ Se ha planteado a nivel doctrinario en España alguna discusión en torno a si la libertad para decidir la propia apariencia física es una faceta del derecho a la intimidad en sentido estricto, en cuanto derecho a autodeterminación personal, o si debe entenderse en el marco del derecho a la propia imagen (*vid.* GIL Y GIL, José Luis: “Poder directivo y apariencia externa del trabajador”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 2, 2005, pp.213-214).

¹²¹⁵ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: “Sobre el derecho a la propia imagen”, en *Revista Poder Judicial*, N° 10, 1988, p.78.

derecho para el trabajador incluye “espacios vitales de autonomía”, que integran “el aspecto físico en sentido estricto, la indumentaria, los adornos y artefactos estéticos, etc.”¹²¹⁶. Frente a ello, existe la interrogante acerca de la posibilidad de que el empresario, en uso de sus facultades directivas, imponga directrices o restricciones en relación con tal apariencia del trabajador, que pudieran imponerse a sus preferencias. Al respecto, como se ha destacado “cada vez serán más frecuentes los supuestos de trabajadores que adopten una apariencia externa guiados por convicciones religiosas o por su orientación sexual, o que sientan discriminatoria una diferencia de trato entre hombres y mujeres en lo que concierne al uniforme o a la vestimenta admisible en la empresa”, dado esto, “junto a litigios triviales o hasta burlescos, relativos a los límites de la originalidad y la extravagancia en el vestir o en los adornos corporales, el intérprete debe resolver también complejos problemas de colisión entre los poderes inherentes a la libertad de empresa y los derechos fundamentales del trabajador”¹²¹⁷.

Ante la interrogante sobre los límites empresariales al derecho del trabajador a la autodeterminación de su apariencia física, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer sostiene que el trabajador “se inserta en una esfera «abierta», y en cierto sentido pública, la de la empresa, lo que modula su derecho a la propia imagen en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desarrollo de la actividad productiva, debiendo buscarse la coordinación y concordancia práctica entre el interés del trabajador a la defensa de su intimidad y personalidad y el de la empresa que pueda colisionar con aquél”¹²¹⁸. Admitiéndose que, como otros derechos fundamentales, cabe la posibilidad de someter a determinados límites al derecho a la propia imagen, estos límites sólo pueden provenir de otros derechos fundamentales o de bienes constitucionalmente reconocidos o protegidos. La medida empresarial restrictiva del derecho ha de ser sometida al juicio de proporcionalidad.

Hace casi tres décadas la STCE 170/1987, de 30 de octubre, se pronunció sobre este asunto. Frente a la prohibición empresarial de utilización de barba por trabajadores que atiendan a público, se afirma por uno de ellos que “la decisión sobre si la estética corporal es favorecida o no por el uso de la barba, es parte integrante de la intimidad y

¹²¹⁶ UGARTE CATALDO: “Privacidad, trabajo y derechos fundamentales”, p.19.

¹²¹⁷ GIL Y GIL, José Luis: “Poder directivo y apariencia externa...”, p.212.

¹²¹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: “Intimidad del trabajador y contrato de trabajo”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 8, año XX, Tomo 1, 2004, p.106.

el derecho a la propia imagen de la persona”, y el conflicto se plantea en torno a “si esta decisión puede o no limitarse o condicionarse en virtud de las relaciones laborales en que desarrolla su actividad profesional”. Los tribunales estimaron que la orden del empresario no excedía de sus facultades directivas, “apreciando como hecho probado el uso local en el sector de hostelería de que los empleados que ««tengan contacto con los clientes deben permanecer afeitados»»¹²¹⁹. El TCE consideró que la cuestión planteada carecía de entidad constitucional y que los derechos fundamentales garantizados por el art. 18.1 de la Constitución “no resultan afectados ni guardan relación con la cuestión resuelta por los mismos”.

Coincidimos en afirmar que en ese temprano fallo el Tribunal Constitucional “ha soslayado el problema de si la orden empresarial sobre uso de la barba se inmiscuía en el derecho del trabajador a su propia imagen, y si, si ello era así, por las circunstancias del caso se justificaba por ser imprescindible para el correcto y ordenado funcionamiento de la organización productiva, si ello estaba justificado por la labor a desarrollar y la prohibición, que suponía una invasión en la disposición del propio cuerpo, era una medida proporcional con objetivo perseguido”¹²²⁰. Enjuiciando críticamente el carácter restrictivo de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional respecto al ejercicio de determinados derechos fundamentales, como la referida STCE 170/1987, se ha señalado que en ellas “está ausente en gran medida un razonamiento general de constitucionalidad como el después desarrollado en la STC 99/1994, y que probablemente hubiera conducido al TC a un fallo diferente”¹²²¹.

A partir de la afirmación de que “como regla general el trabajador es libre de adoptar una u otra apariencia externa”, se han identificado como fuentes de restricciones, en primer término “a una norma, ya sea una disposición legal o reglamentaria del Estado, un convenio colectivo o un uso o costumbre”, en segundo

¹²¹⁹ Esta sentencia fue ampliamente criticada por la doctrina, reprochándole el haber admitido limita un derecho fundamental en virtud de una “costumbre local puramente estética” (VICENTE PACHÉS, Fernando de: “Doctrina Constitucional sobre el derecho del trabajador a su propia imagen. Estudio de las sentencias del Tribunal Constitucional 170/1987, de 30 de octubre y 99/1994, de 11 de abril”, en *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, N° 71, 1996, p.48), sin entrar a analizar el asunto como conflicto de derechos reconocidos constitucionalmente.

¹²²⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: “Derecho a la intimidad y relaciones laborales”, texto base de la ponencia presentada por el autor en el *Seminario sobre Tendencias de la Protección Jurídica a la intimidad (Privacidad y Relaciones Laborales)*, Universidad de Huelva, 10 de marzo de 2006, p.30.

¹²²¹ DEL REY GUANTER: “Notas sobre los derechos fundamentales inespecíficos”, pp.13-14.

término, “el contrato de trabajo”, y, a falta de las anteriores, “el empresario puede restringir de forma unilateral la libertad de apariencia externa”, mediante “ordenes generales o particulares acerca de la prestación laboral”¹²²². Más allá de que se admita una posible modulación del derecho a la propia imagen de los trabajadores en las relaciones laborales y se identifiquen las fuentes de las que podrían emanar restricciones al mismo, las medidas empresariales que limiten este derecho han de obedecer a un interés legítimo y, no sólo ello, pues para su admisibilidad debieran superar es test de proporcionalidad. En palabras de la STCE 99/1994, de 11 de abril, los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de derechos fundamentales “deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar -por parte de quien pretende aquel efecto- que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra”.

La determinación de las vestimentas que se pueden o se deben usar en las empresas y la utilización de accesorios u adornos corporales por parte de los trabajadores han suscitado numerosos conflictos. A algunos de ellos nos hemos referido anteriormente, a propósito de la libertad religiosa, en lo que dice relación al uso de vestimentas o accesorios como el velo islámico, el turbante de la religión Sij o de colgantes con cruces cristianas¹²²³. Evidentemente, cuando el requerimiento de una vestimenta se funda en la prevención de riesgos en materia de higiene y seguridad laboral no existirá duda respecto de la razonabilidad de su exigencia. Más discutible resultan imposiciones y restricciones en las características de la ropa, accesorios o maquillaje de los trabajadores o trabajadoras por criterios estéticos definidos por el empleador, fundados, por ejemplo, en una cierta imagen corporativa¹²²⁴. Quisiéramos

¹²²² GIL Y GIL: “Poder directivo y apariencia...”, pp.217 y 218. En el citado artículo revisa diversas situaciones que se han presentado en relación a la libertad sobre la apariencia física en el marco de las relaciones laborales.

¹²²³ Podemos recordar, entre otras, la STSJ de Baleares núm. 958/2002, de 9 de septiembre de 2002, sobre uso de la *kippa*, o las SSTEDH asuntos Dahlab c. Suiza, núm. 42393/98, decisión de 15 de febrero de 2001; X. c. Reino Unido, núm. 7992/77, decisión de 12 de julio de 1978; Phull c. Francia, núm. 35753/03, decisión de 11 de enero de 2005; Eweida y otros c. Reino Unido, núms. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, de 15 de enero de 2013.

¹²²⁴ Se ha afirmado que, al respecto, “no cabe admitir ni la imposibilidad absoluta de intromisión empresarial ni su poder omnímodo en este sentido, debiéndose realizar la debida ponderación de los derechos en juego y el logro del recto equilibrio entre ambos, sometidos al tan llevado y traído juicio de proporcionalidad” (OJEDA AVILÉS, Antonio e IGARTUA MIRÓ, María Teresa: “La dignidad del trabajador en la doctri-

detenernos brevemente en el tema relativo al uso de uniformes, en el cual la discusión se ha centrado más que en la exigencia de estos, en las características de los mismos en relación con la no discriminación, para lo cual nos referiremos a dos casos.

El primero de ellos corresponde a la STCE 84/2006, de 27 de marzo, que pudo ser una oportunidad para que el Tribunal Constitucional español se pronunciara acerca de la apariencia externa de los trabajadores en relación con las vestimentas, en particular en lo relativo a la exigencia de un determinado uniforme. En este caso el sindicato recurrente solicitaba que se declaren vulnerados los derechos a no sufrir discriminación por razón de sexo, a la intimidad personal y a la propia imagen, de las trabajadoras afectadas por la decisión de la empresa de imponerles la falda como prenda obligatoria de uniforme sin poder optar por el pantalón. Sin embargo, se declaró extinguido el recurso de amparo interpuesto por desaparición sobrevenida de objeto, al haberse producido la satisfacción extraprocesal de la pretensión, de modo que no fue posible conocer un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el fondo del asunto.

Por su parte, la STS núm. 3120/2011 (Recurso núm. 16/2009), de 19 de abril de 2011, si bien establece que la práctica empresarial de imponer a las trabajadoras el uniforme integrado por falda, delantal, cofia y medias, sin posibilidad de optar por el conocido pijama sanitario de dos piezas, pantalón y chaqueta, que llevan los trabajadores masculinos de su misma categoría y actividad, “carece de justificación objetiva y resulta contraria al principio de no discriminación por razón de sexo”, descarta la vulneración de la dignidad de la trabajadora o a la intimidad (no señala expresamente el derecho a la propia imagen, el que había sido invocado por el recurrente), pues la medida empresarial se enmarcaría en los “usos, hábitos o formas sociales de vestir” y “la utilización de la falda en dimensiones normales no solo está socialmente como algo absolutamente corriente, sino que incluso se vincula en ocasiones con tradicionales o históricas ideas de elegancia femenina”.

na del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° 73, 2008, p.161).

3.3.2.5. *Derecho al honor de la persona del trabajador*

Como hemos señalado, la Constitución española garantiza “el derecho al honor” y la chilena asegura el respeto y protección “a la honra”. Este derecho, reconocido constitucionalmente, ha sido consagrado en instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la que en su artículo 12 dispone que nadie será objeto “de ataques a su honra o a su reputación”, mientras que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 17, en similar tenor se refiere a la protección contra “ataques ilegales a su honra y reputación”. El derecho al honor no ha sido incorporado como tal ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sin embargo, el artículo 10.2. del Convenio considera que el derecho a la libertad de expresión pueda ser sometido a restricciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la protección de la reputación ajena¹²²⁵. Por su parte, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en el artículo 11 reconoce a toda persona el “derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”, señala que nadie puede ser objeto de “ataques ilegales a su honra o reputación” y que “[t]oda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Para el Tribunal Constitucional español el derecho al honor es un derecho fundamental, derivado de la dignidad de la persona, que, como lo expresa la STCE 85/1992, de 8 de junio, “confiere a su titular el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás”¹²²⁶. Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, como lo recuerda la STCE 99/2002, de 6 de mayo, que el derecho al honor “integra un concepto jurídico cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales

¹²²⁵ Sobre “la ‘reputación ajena’ como límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar, *vid.*, entre otras, las SSTEDH asunto Lingens c. Austria, núm. 9815/82, de 8 de julio de 1986; asunto Barfod c. Dinamarca, núm. 11508/85, de 22 de febrero de 1989; asunto Castells c. España, núm. 11798/85, de 23 de abril de 1992; asunto Thorgeir Thorgeirson c. Islandia, núm. 13778/88, de 25 de junio de 1992; asunto Schwabe c. Austria, núm. 13704/88, de 28 de agosto de 1992; asunto Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega, núm. 21980/93, de 20 de mayo de 1999; asunto Mamere c. Francia, núm. 12697/03, de 7 de noviembre de 2006; asunto Cornelia Popa c. Rumania, núm. 17437/03 de 29 de marzo de 2011; asunto Palomo Sánchez y otros c. España, núms. 28955/2006, 28957/2006, 28959/2006 y 28964/2006, de 12 de septiembre de 2011.

¹²²⁶ Se ha señalado que “se puede distinguir entre el honor subjetivo, que es el sentimiento que de sí mismo tiene cada quien, y el honor objetivo, que vendría a ser el buen nombre o reputación del que se goza” (PACHECO ZERGA, Luz: *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Thomson Civitas, Madrid, 2007, p.162).

vigentes en cada momento”¹²²⁷, lo que permite que los órganos judiciales “dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo de aquel derecho fundamental”. No obstante esta imprecisión, este tribunal ha afirmado que “ese derecho ampara a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que fueran tenidas en el concepto público por afrentosas”¹²²⁸.

El término honra, utilizado en la Constitución chilena, se entiende como “el crédito o prestigio que cada persona tiene en el concierto social o ante terceros”¹²²⁹. Como ha recordado la STCCh rol núm. 943-07, de 10 de junio de 2008, “el derecho a la honra, cuyo respeto y protección la Constitución asegura a todas las personas, alude a la «reputación», al «prestigio» o el «buen nombre» de todas las personas, como ordinariamente se entienden estos términos, más que al sentimiento íntimo del propio valer o a la dignidad especial o gloria alcanzada por algunos”¹²³⁰. Agrega el TCCh que “[p]or su naturaleza es, así, un derecho que emana directamente de la dignidad con que nace la persona humana, un derecho personalísimo que forma parte del acervo moral o espiritual de todo hombre y mujer, que no puede ser negado o desconocido por tratarse de un derecho esencial propio de la naturaleza humana”¹²³¹.

¹²²⁷ En el mismo sentido se había pronunciado la STCE 185/1989, de 13 de noviembre, al expresar que “es un derecho respecto al cual las circunstancias concretas en que se producen los hechos y las ideas dominantes que la sociedad tiene sobre la valoración de aquél son especialmente significativas para determinar si se ha producido o no lesión”, pues, como dice la STCE 223/1992, de 14 de diciembre, “parece evidente que el honor del hidalgo no tenía los mismos puntos de referencia que interesan al hombre de nuestros días”.

¹²²⁸ *Vid.*, en similar sentido, las SSTC 107/1988, de 8 de junio; 185/1989, de 13 de noviembre; 171/1990, de 12 de noviembre; 172/1990, de 12 de noviembre; 223/1992, de 14 de diciembre; 170/1994, de 7 de junio; 139/1995, de 26 de septiembre; 3/1997, de 13 de enero, y 80/1999, de 11 de octubre.

¹²²⁹ CEA EGAÑA, José Luis: “Los derechos a la intimidad y a la honra en Chile”, en *Ius et Praxis*, vol. 6, núm. 2, Talca, 2000, pp.153-169.

¹²³⁰ Como sostiene Cea Egaña, el derecho a la honra garantizado corresponde al honor en sentido objetivo, pues “no se trata del sentido subjetivo de esa palabra, pues este corresponde a la autoestima, a la consideración o, quién sabe, si al orgullo que cada cual tiene de sí mismo”, y la honra “es la buena fama, el crédito, prestigio o reputación de que una persona goza en el ambiente social, es decir, ante el prójimo o los terceros en general” (CEA EGAÑA, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, Tomo II, p.180). La STCCh rol núm. 834-2007, de 13 de mayo de 2008, señaló que “la protección constitucional de la honra no se refiere a la valoración que cada persona tiene de sí misma, sino que a la valoración que, objetivamente, ella merece dentro del conglomerado social en que se desenvuelve”.

¹²³¹ Señala la misma sentencia que el derecho a la honra “se vincula, también, con el derecho a la integridad psíquica de la persona, asegurado por el N°1 de su artículo 19, pues las consecuencias de su desconocimiento, atropello o violación, si bien pueden significar, en ocasiones, una pérdida o menoscabo de carácter patrimonial más o menos concreto (si se pone en duda o desconoce la honradez de un comerciante o de un banquero, por ejemplo), la generalidad de las veces generan más que nada una mortificación de carácter psíquico, un dolor espiritual, un menoscabo moral carente de significación económica mensurable objetivamente, que, en concepto del que lo padece, no podría ser reemplazada o compensada con una

Pese a que en los ordenamientos constitucionales español y chileno el derecho al honor o a la honra son consagrados junto al derecho a la intimidad o a la vida privada, cabe diferenciarlos¹²³². Aunque ambos se inscriben en los derechos de la personalidad y pretenden el reconocimiento de la dignidad de las personas¹²³³, se refieren a objetos distintos. Mientras por el derecho a la intimidad se busca preservar un espacio de secreto o reserva de cada persona y la libertad para autodeterminarse, la garantía del derecho al honor busca tutelar la consideración de la persona en sus relaciones sociales. La violación de uno no implica necesariamente la del otro, pues “existirán situaciones en que se vulnere el derecho a la intimidad sin que se vea afectado el derecho al honor, y viceversa”¹²³⁴. Lo anterior no obsta a que existan conductas pluriofensivas, en las cuales la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona afecte a su reputación¹²³⁵.

Podríamos afirmar que un ataque al honor o a la honra se concretaría mediante la difusión de expresiones o la divulgación de hechos concernientes a una persona que afecten a su reputación y buen nombre, difamándola o haciéndola desmerecer en la consideración ajena¹²³⁶.

Resulta evidente, al tenor de lo que hemos venido expresando, que este derecho acompaña a la persona del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales. Sin embargo, como lo evidencia Rodríguez Cardo, aunque “la subordinación inherente al contrato de trabajo no anula, obviamente, el derecho fundamental al honor del trabajador [...] no es este un derecho que haya contado, en terreno de las relaciones de trabajo, con una autonomía o funcionalidad comparable a otros derechos fundamentales inespecíficos, como la intimidad, por ejemplo”, de modo que la jurisprudencia “no suele

suma de dinero”. Creemos que frente a tales afirmaciones es necesario aclarar que si bien puede existir en muchos casos un vínculo entre ambos derechos, esto no es necesario, en tanto un atentado al honor será tal en la medida que desmerezca la reputación de una persona con independencia de si ello genera o no consecuencias de carácter psicológico en la víctima de dicho atentado.

¹²³² Vid., entre otros, RÍOS LABBÉ, Sebastián: *La protección civil del derecho a la intimidad*, Lexis Nexis, Chile, 2003, p.18.

¹²³³ Se ha señalado que, a partir de la noción de dignidad, “cualquier atentado contra la honra o la intimidad, dado ese carácter nuclear o íntimo, inseparable del yo o la personalidad, tiene una connotación constitucional grave y profunda, casi siempre irreversible y difícilmente reparable” (CEA EGANA: “Los derechos a la intimidad...”, p.155).

¹²³⁴ CASTRO CASTRO: “El derecho fundamental a la intimidad...”, s/p.

¹²³⁵ Vid. Artículo 7.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de España.

¹²³⁶ Vid. Artículo 7.3 y 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de España.

conocer sobre situaciones de vulneración del derecho al honor de un trabajador asalariado en el marco de la relación laboral”¹²³⁷. Las vulneraciones a este derecho se pueden producir a partir de la difusión de expresiones o de informaciones por parte del empleador que afecten la reputación del trabajador.

En el ámbito de las relaciones laborales la vulneración al derecho a la honra del trabajador puede referirse genéricamente al descrédito de su persona o específicamente al desmerecimiento en la consideración ajena en su calidad de trabajador, afectándose su honor o prestigio profesional¹²³⁸. Como lo señala la STCE 223/1992, de 14 de diciembre, “el trabajo, para la mujer y el hombre de nuestra época, representa el sector más importante y significativo de su quehacer en la proyección al exterior, hacia los demás e incluso en su aspecto interno es el factor predominante de realización personal”, de modo que “el prestigio en este ámbito, especialmente en su aspecto ético o deontológico, más aun que en la técnica, ha de reputarse incluido en el núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor”.

Si bien el prestigio profesional es objeto de protección en el marco del derecho al honor, como lo recuerda la STCE 223/1992, de 14 de diciembre, “cualquier crítica a la pericia profesional no puede ser considerada automáticamente como un atentado a la honorabilidad”, pues, como ya lo había dicho la STCE 40/1992, de 30 de marzo, “desde la perspectiva de la protección constitucional, el honor de la persona y su prestigio profesional, distinción que, pese a sus contornos no siempre fáciles de deslindar en los casos de la vida real, no permite confundir, sin embargo, lo que constituye simple crítica a la pericia de un profesional en el ejercicio de una actividad con un atentado o lesión a su honor y honorabilidad personal”. Lo será, como lo señala la sentencia recién citada, aquella que “por su naturaleza, características y forma en que se hace esa divulgación la hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona”¹²³⁹. Pues como señala la STC 180/1999, la crítica o la difusión de hechos directamente relacionados con el desarrollo o ejercicio de una actividad profesional, “pueda lesionar

¹²³⁷ RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio: “Dignidad, honor e intimidad en el trabajo”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 108, 2014, p.161.

¹²³⁸ Vid. FUENTES OLMOS, Jessica: “La defensa de las partes en el procedimiento de tutela laboral fundado en el derecho a la honra del trabajador”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIX, Valparaíso, Chile, 2012, 2do Semestre, p.146 y RODRÍGUEZ CARDO: “Dignidad, honor e intimidad...”, p.161.

¹²³⁹ En similar sentido, SSTCE 76/1995, de 22 de mayo; 180/1999, de 11 de octubre; y 282/2000, de 27 de noviembre.

el derecho al honor cuando exceda de la libre evaluación y calificación de una labor profesional ajena, para encubrir, con arreglo a su naturaleza, características y forma, una descalificación de la persona misma”.

Los atentados al derecho al honor del trabajador podrán producirse durante la relación laboral o con ocasión del término de la misma.

En la medida que el empleador, en ejercicio de sus potestades de dirección o disciplinarias, tiene un trato que menosprecia la dignidad de la persona del trabajador y lo expone al descrédito personal o profesional ante sus compañeros de trabajo, clientes u otros terceros, se podría configurar un atentado al derecho al honor o a la honra del trabajador¹²⁴⁰. Podría producirse tal atentado en un cambio en las condiciones de trabajo, si el modo en que se realiza humilla al trabajador frente a sus compañeros¹²⁴¹. También existiría una vulneración si se adoptan medidas disciplinarias sin la debida comprobación de las conductas que se reprochan al trabajador y se comunica las supuestas conductas a los compañeros de trabajo, desacreditándolo ante ellos¹²⁴². Debemos dejar constancia que en ciertos casos se ha admitido la difusión del hecho de que se ha iniciado una investigación respecto de una conducta laboral o profesional en atención a la trascendencia del asunto desde la perspectiva del derecho a la información¹²⁴³. También implica en el sujeto pasivo una lesión ilegítima a su

¹²⁴⁰ Así lo ha entendido la Dirección del Trabajo en Chile, al pronunciarse respecto de algunos dispositivos de control (*Vid.* Dictamen ordinario núm. 2210/035, de 5 de junio de 2009).

¹²⁴¹ Así lo entiende la SJT de Santiago (1°) causa rol T-839-2014, de 25 de marzo de 2015, al señalar que “la buena opinión, nombre, reputación o fama adquirida por la virtud o el mérito de la actora, ya que sus compañeras de trabajo, quienes incluso están bajo su mando, advirtieron cómo la actora llegó a su trabajo y fue desplazada de su lugar de trabajo y de su función, asunto que fue avalado por la municipalidad, y por las personas que estaban a cargo de este proceder”.

¹²⁴² En la SCA de Valparaíso, rol T-23-2013, de 5 de septiembre de 2013, se aborda el caso de la trabajadora de un colegio a la que se le imputa, en un juicio anticipado del empleador (no se aportó ante el tribunal antecedente alguno en el cual conste la efectividad del hecho punible que le imputó a su dependiente), haber sustraído documentación de la empresa y por esta razón no se le permite ingresar al establecimiento, habiéndose informado de la supuesta conducta de la trabajadora en una reunión con los profesores, colegas de la trabajadora. En concepto del tribunal existe una vulneración a la honra de la trabajadora al atribuirle “un comportamiento basado en hechos falsos o que no corresponden a la realidad, que menoscabaron la valoración o apreciación que las demás docentes y otros colegas tenían de la calidad moral y profesional de esta dependiente”.

¹²⁴³ En esta línea, la STS 739/2004 (recurso de casación 1075-2000), de 13 de julio, y el ATC 437/2006, de 29 de noviembre, sobre la comunicación a medios de prensa a la incoación de expediente sancionador contra un profesional colegiado. Al respecto, el Tribunal Constitucional recordará que “la mera y aséptica noticia a la que se da publicidad, en ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión y de información, de que a un profesional colegiado se le inicie un expediente administrativo disciplinario o sancionador, no puede, en modo alguno, ser considerada como atentatoria al honor del profesional colegiado”.

reputación y fama la conducta empresarial de increpar a un trabajador, observada y escuchada por sus demás compañeros de trabajo o por personas ajenas a la relación laboral, usando lenguaje soez, violento e injurioso¹²⁴⁴.

Se ha entendido que, en principio, no existiría una vulneración del derecho a la honra en la carta mediante la cual el empresario comunica al trabajador su despido y expresa los hechos que, en su concepto, lo fundan. Con todo, podría producirse un atentado a este derecho en la medida que en tal comunicación contenga expresiones insultantes, injuriosas o descalificadoras¹²⁴⁵.

Sin embargo, con ocasión del despido el empresario podría incurrir en una vulneración del derecho al honor en la medida que, agravando o humillando la dignidad del trabajador, divulga a terceros la carta de despido¹²⁴⁶ o hace públicos los motivos en que se funda tal decisión¹²⁴⁷. También se atentaría al mismo derecho si, una vez verificado el despido de un trabajador por necesidades de la empresa (causas organizativas), el empleador al informar a sus compañeros de trabajo desacredita al despedido, imputándole graves conductas reprochables que no se invocaron para poner término de la relación laboral¹²⁴⁸.

A diferencia de las hipótesis planteadas en el párrafo precedente, la STCE 282/2000, de 27 de noviembre, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de una

¹²⁴⁴ Vid. SSJT de Santiago (1°), rol T-30-2013 de 20 de abril 2013 y rol T-186-2014, de 14 de julio de 2014.

¹²⁴⁵ En este sentido la SJT de Santiago (1°) rol T-113-2014, de 22 de mayo de 2014, acoge tutela laboral considerando que existe vulneración al derecho a la honra al expresarse en la carta de aviso de despido hechos no relacionados con la causal de término invocada, de manera injuriosa e innecesaria para la finalidad del despido.

¹²⁴⁶ La SCA de Santiago rol 887-2014, de 19 de agosto de 2014, estima vulnerada la honra en su vertiente objetiva, ya que por mandato legal copia de la carta de despido debe remitirse a la Inspección del Trabajo respectiva y se remitió, “lo que, necesariamente, implica una exteriorización del contenido y tenor de la misiva en cuestión más allá de los involucrados en la relación laboral”.

¹²⁴⁷ La STS núm. 10586/1990, de 20 de septiembre de 1990, determina que la jurisdicción social es la competente para resolver la demanda de trabajadores que fueron despedidos y que reclaman que el empleador tramitó los expedientes previos al despido con una publicidad deliberada que perjudicó su imagen profesional y personal, ocasionándoles una grave lesión moral y patrimonial en su dignidad profesional, así como en su honor e intimidad.

¹²⁴⁸ La SJT de Santiago (1°), rol T-456-2012, de 13 de diciembre de 2012, afirma que existió una vulneración del derecho fundamental a la honra con ocasión del despido, ya que una vez verificado este “la supervisora citó a una reunión a todos los ejecutivos de cuentas que trabajaban con ella, señalándoles que se había procedido al despido de la trabajadora por cierres fraudulentos de cuentas a clientes” y “la referida supervisora ha dado malas referencias de la actora, cuando llaman para preguntar por ella, indicando que se trata de una persona no confiable”.

trabajadora despedida que alega que la empresa atentó contra su honor al difundir a todos los trabajadores su despido mediante una circular, cuyo contenido, en opinión de la trabajadora, degradaría la consideración que los demás pudieran tener de ella. El tribunal considerando que “ninguna de las afirmaciones contenidas en la circular cuestionada, que la demandante de amparo ha considerado atentatoria contra su prestigio profesional, constituye intromisión en su honor personal”, puesto que “el escrito litigioso no emplea ningún calificativo insultante, ofensivo o vejatorio, ni contiene descalificación de la persona del recurrente, sino que se limita a informar a la plantilla del despido de la recurrente y de las razones que motivan dicho despido (coincidentes con las expresadas en la carta de despido)”. Debemos entender que si la comunicación hubiere empleado tales calificativos o implicado el descrédito de la persona, estaríamos frente a una vulneración del derecho al honor.

3.3.3. *Lineamientos sobre derecho a la vida privada y trabajo*

Considerando la normativa, jurisprudencia y doctrina científica revisada, presentamos a continuación los principales lineamientos que han de tenerse presentes en relación con el derecho a la vida privada de la persona del trabajador:

- a) El derecho a la vida privada supone reconocer al individuo un cierto ámbito reservado de su existencia, respecto del cual está vedada la injerencia de los demás, posibilitando la libertad de las personas para configurar autónomamente su ser.
- b) Este derecho fundamental ha de ser garantizado a la persona del trabajador en el marco de las relaciones laborales. Si bien su inserción en la empresa puede implicar el acceso de su empleador al conocimiento limitado de algunos datos de aquel, necesarios para una adecuada gestión laboral, los restantes ámbitos de la vida privada del trabajador han de permanecer inaccesibles.
- c) Desde su faceta de autonomía este derecho supone que incluso la propia actividad laboral del trabajador debe gozar de un margen razonable de autodeterminación, evitándose controles que la restrinjan excesivamente.

- d) El derecho a la intimidad admite ser limitado en atención a otros derechos fundamentales o a bienes constitucionalmente protegidos, pero esto no significa que simplemente deba ceder ante los poderes empresariales, de modo que las medidas restrictivas que el empleador pudiera adoptar deben responder a un interés legítimo y han de estar sujetas al canon de proporcionalidad y a la noción de intervención mínima.
- e) El trabajador puede consentir en la injerencia empresarial en ciertos aspectos de su privacidad, pero tal consentimiento, restrictivo de un derecho fundamental, ha de ser específico, otorgado con libertad y suficiente información, junto con responder a una causa justificada. En ningún caso el trabajador puede renunciar a su derecho a la vida privada.
- f) Aunque en la normativa suele tratarse el derecho a la vida privada en sentido estricto junto a otros derechos que constituyen proyecciones de la dignidad humana, como son el derecho al secreto o inviolabilidad de las comunicaciones, el derecho a la autodeterminación informativa, el derecho a la propia imagen y el derecho al honor, ellos presentan rasgos particulares que permiten diferenciarlos.
- g) Desde la perspectiva de la autodeterminación informativa sobre los datos personales, el trabajador tiene derecho a saber qué información se maneja acerca de él, conocer mediante qué medios se registra y en qué soporte ella se conserva, acceder a la información almacenada, estar al tanto de cuál es el uso que se le da misma, y, en su caso, poder oponerse a su posesión, utilización y comunicación ilegítimas o ilícitas.
- h) El registro por el empleador de la persona del trabajador y sus efectos personales, en aquellos ordenamientos que se permite, es una facultad exorbitante y excepcional. Sólo es posible que se efectúe en las condiciones y del modo previsto por la ley. En tanto excepcional, es de aplicación estricta y no cabe extenderla a otras hipótesis no previstas en la ley. En aquellos casos en que se admite, la medida debe responder a un interés legítimo, ser

idónea, necesaria y proporcional, y ajustarse al principio de intervención mínima que rige en materia de restricción a los derechos fundamentales.

- i) Los sistemas de vigilancia por videocámara cuyo objetivo directo es controlar las prestaciones laborales no deberán, por regla general, estar permitidos. Tratándose de sistemas cuya instalación y funcionamiento no tienen esta finalidad, pero que en la práctica impliquen la captación de imágenes de los trabajadores en los recintos empresariales, su instalación y utilización ha de sujetarse al canon de proporcionalidad.

Si bien hay lugares en la empresa -como espacios de descanso, vestuarios, baños o comedores- en que la utilización de estos medios es obviamente lesiva de la privacidad y ha de estar vedada, ello no implica la legitimidad de la instalación en los lugares donde se efectúa la prestación laboral, pues en tales espacios también se podrían producir intrusiones ilegítimas en la privacidad.

La presencia y características de estos sistemas han de informarse de antemano a los trabajadores. Excepcionalmente tribunales han admitido la utilización de sistemas ocultos de grabación frente a indicios de conductas graves y la imposibilidad de comprobación por medios menos gravosos.

Los sistemas de videovigilancia empresarial deben ser enjuiciados no sólo desde la garantía del derecho a la intimidad en sentido estricto, sino también respecto de los derechos a la autodeterminación informativa y a la propia imagen.

- j) El control informático de la actividad laboral, cuando es inevitable por motivos justificados, no puede tornarse en una exasperante e incómoda presión para los trabajadores, ni ser intrusivo en la intimidad del trabajador. Los registros no deben conservarse más allá del tiempo necesario.
- k) La utilización de sistemas de geolocalización para control o vigilancia empresarial no sólo podría afectar el derecho a la intimidad en sentido estricto sino al de autodeterminación informativa. La presencia de estos dispositivos y su finalidad debiera ser informada de antemano a los trabajadores.

Los dispositivos de seguimiento de vehículos, en principio, no debieran utilizarse para seguir o supervisar el comportamiento de empleados.

En el evento de ser necesaria la utilización de dispositivos de localización, tales sistemas sólo debieran funcionar durante la jornada de trabajo y desactivarse fuera de la misma y durante los tiempos de descanso.

- l) El derecho al secreto o la inviolabilidad de las comunicaciones garantiza su impenetrabilidad por terceros, mediante la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. Este secreto tiene un carácter formal, se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido.

En el marco de las relaciones laborales, en principio, a los empleadores les está vedado acceder a las comunicaciones privadas del trabajador. La discusión no estaría en torno a admitir al empresario intromisiones en las comunicaciones de los trabajadores, sino más bien se centra en la naturaleza privada o no de ellas.

- m) En la medida que el trabajador pueda llamar o recibir llamadas personales en un teléfono de la empresa, el acceso por el empleador a cualquier comunicación telefónica que aquel efectúe constituirá una violación del derecho al secreto de las comunicaciones. Este secreto cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores.

Si la prestación que debe efectuar el trabajador consiste precisamente en el contacto telefónico con clientes, en principio, aparecería justificado el interés empresarial por acceder al contenido y forma de la comunicación. El control debe ajustarse razonablemente a los fines perseguidos, implicar la menor restricción posible y ser conocido por los sujetos que intervienen en la comunicación.

- n) Las comunicaciones electrónicas de los trabajadores (correo electrónico y la utilización de aplicaciones de mensajería mediante canales cerrados), en principio, están amparadas por el derecho al secreto o inviolabilidad de las comunicaciones, el que no depende de la ubicación o la propiedad de los medios electrónicos utilizados. Además, están, en su caso, cubiertas por el

derecho a la vida privada, de modo que cualquier restricción a este último derecho ha de satisfacer los cánones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Tratándose de un correo electrónico proporcionado al trabajador por la empresa exclusivamente para fines profesionales, siempre que exista la prohibición de utilización para otros fines, unida a la debida información acerca de que los mensajes pueden ser controlados, la expectativa de privacidad decae, en especial respecto de los correos enviados por el trabajador. Por el contrario, si en la empresa existe tolerancia a la utilización para fines personales del correo electrónico institucional, todas las comunicaciones están amparadas por el secreto y son inviolables.

Estarán siempre amparados por el secreto de las comunicaciones el correo personal del trabajador y, tratándose de un correo institucional, los mensajes personales recibidos por el trabajador.

- o) La mera navegación en Internet no es una actividad de comunicación equiparable a la correspondencia tradicional o electrónica, de manera que su control no implicaría una restricción al secreto de las comunicaciones. Sin embargo, tal control, sea en tiempo real o mediante la revisión del historial o los archivos temporales, sea en el ordenador que utiliza el trabajador o en el servidor de la empresa, podría entrañar limitaciones al derecho a la privacidad. Por ello, una medida empresarial en tal sentido sólo sería admisible si, habiendo sido informada previamente a los trabajadores, es adoptada en virtud de un interés legítimo, supera el test de proporcionalidad y se ajusta a la noción de intervención mínima.
- p) El derecho a la propia imagen garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos. En tanto derecho de la persona del trabajador, puede verse afectado de diversas formas en la relación laboral.

En la mayoría de los casos el trabajador debiera poder oponerse a la captura, la conservación y la difusión de su imagen. Se exceptúan los casos en los cuales la propia naturaleza de los servicios contratados traiga consigo la necesaria restricción a este derecho.

Otra faceta de este derecho es la de la libertad de autodeterminación de la apariencia física, que incluye lo propiamente corporal, la vestimenta y la utilización de accesorios u adornos. Aquí, si bien se ha admitido que la inserción en la empresa pudiera justificar restricciones a este derecho, debiera existir una razonable adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización a la que se integra, de modo que tales medidas limitativas no solo respondan a un interés legítimo, sino también superen el test de proporcionalidad.

- q) Un ataque al honor o a la honra se concretaría mediante la difusión de expresiones o la divulgación de hechos concernientes a la persona del trabajador que afecten a su reputación y buen nombre, difamándola o haciéndola desmerecer en la consideración ajena. Estos atentados podrán producirse durante la relación laboral o con ocasión del término de la misma, pudiendo referirse genéricamente al descrédito de su persona o específicamente al desmerecimiento en la consideración ajena en su calidad de trabajador, afectándose su honor o prestigio profesional. Con todo, no cualquier crítica a la pericia profesional se considera un atentado a la honorabilidad, sino aquella que por su naturaleza, características y forma constituya una descalificación de la persona misma.

3.4. La libertad de expresión

3.4.1. Conceptualización y marco normativo

3.4.1.1. Contenido de la libertad de expresión

La libertad de expresión, pilar fundamental de las sociedades democráticas¹²⁴⁹, es “*un droit hors du commun: à la fois droit en soi et droit indispensable ou préjudiciable à la réalisation d'autres droits*¹²⁵⁰ [...] *à la fois droit individuel, relevant de la liberté spirituelle de chacun, et droit collectif, ou plutôt convivial, permettant de communiquer avec autrui*”¹²⁵¹.

Se ha sostenido que en la base existen concepciones diferentes de la libertad de expresión en Estados Unidos y en Europa y América Latina. Mientras en aquel se entiende que la autonomía y la libertad del individuo deben ser protegidas de los poderes públicos y se garantiza una libertad sin reglas, en estos se constituye al Estado como garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, con un énfasis en el derecho a la información veraz y plural, y se consagra una libertad sujeta a límites legales. Se afirma también que en el primero la ética de la libertad de expresión sería

¹²⁴⁹ Sobre la importancia para las sociedades democráticas de la libertad de expresión, el TEDH ha afirmado que ella “*constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun*” (STEDH Handyside c. Reino Unido, núm. 5493/72, de 7 de diciembre de 1976). Esta noción que se ha reiterado frecuentemente en la jurisprudencia, así, por ejemplo, en las SSTEDH asunto Müller y otros c. Suiza, núm. 10737/84, de 24 de mayo de 1988; asunto Steel y Morris c. Reino Unido, núm. 68416/01, de 15 de febrero de 2005; asunto Stoll c. Suiza, núm. 69698/01, de 10 de diciembre de 2007; asunto Movimiento Raeliano suizo c. Suiza, núm. 16354/06, de 13 de julio de 2012; asunto Haldimann y otros c. Suiza, núm. 21830/09, de 24 de febrero de 2015 y Morice c. Francia, núm. 29369/10, de 23 de abril de 2015. En el mismo sentido la CIDH ha señalado a la libertad de expresión “como piedra angular de una sociedad democrática” (SCIDH, caso “La Última Tentación de Cristo”, Olmedo Bustos y otros vs. Chile, serie C núm. 73, de 5 de febrero de 2001). Como se ha señalado, “los derechos de la palabra, al constituir garantía para el real y efectivo desarrollo de la sociedad democrática y de los valores que ésta encarna -pluralismo, tolerancia y espíritu crítico-, terminan adquiriendo una especial trascendencia para el funcionamiento mismo del entero sistema democrático” (VALDÉS DAL-RE, Fernando: “La libertad de expresión e información en la Carta de Niza”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 2, 2013, s/p (versión electrónica en <http://revistas.laley.es/>). La temprana STCE 6/1981, de 16 de marzo, expresaba con claridad que sin una comunicación pública libre “quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática”.

¹²⁵⁰ Como señalamos en su momento, esta libertad de expresión se encuentra estrechamente ligada a las libertades de pensamiento, conciencia y religión. Así como las personas pueden con autonomía determinar su propia comprensión de la vida, su concepción del mundo o *weltanschauung*, tiene también el derecho a manifestar o comunicar tales ideas, conceptos y opiniones.

¹²⁵¹ SUDRE: *Droit international et européen...*, p.416.

individual, mientras en los segundos sería pública¹²⁵². Con todo, a pesar que el sistema norteamericano se funde en un control judicial *a posteriori* y el europeo control legislativo *a priori*, se constata que en muchas ocasiones las decisiones judiciales tienden a ser semejantes¹²⁵³.

Un concepto amplio e integrador del derecho a la libertad de expresión comprende un haz de derechos como son, entre otros, la libertad de opinión, la libertad de información, la libertad de prensa, el derecho a la creación de medios de comunicación, o libertad de expresión artística¹²⁵⁴. Se entendería, entonces, la formula “libertad de expresión” como un género, en el que se integran distintas manifestaciones.

Tradicionalmente se han distinguido como las dos manifestaciones más relevantes de este derecho la libertad de opinión, o libertad de expresión en sentido estricto, y la libertad de información. Existen visiones dualistas que ven en ellos dos derechos distintos y autónomos¹²⁵⁵, frente a las cuales se ha sostenido una noción

¹²⁵² Vid. NÚÑEZ ENCABO, Manuel: “Europa y EE.UU.: dos conceptos divergentes de la libertad de expresión”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, vol. 9, 2008, pp.462-466. Señala este autor que en el caso de Estados Unidos “[s]e argumenta que el hecho de poder hablar libremente nos permite expresar nuestra personalidad y además es a través de la palabra lo que permite diferenciarnos a unos y a otros”, de modo que “[l]imitar la libertad de palabra va contra el individuo y el ideal de que debe ser autónomo”, mientras en la óptica europea “en el uso de la libertad de expresión se es responsable no sólo ante la conciencia individual autónoma de cada emisor de información sino ante los ciudadanos en su conjunto porque influye en la opinión pública” (*Ibidem*, pp.465 y 466, respectivamente). Para este autor tales visiones se sintetizan en los textos históricos; así el artículo 11 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 señala que “[l]a libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede pues hablar, escribir, imprimir libremente, a reserva de responder del abuso de esta libertad, en los casos determinados por la ley”, mientras Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia de 1776, señala en su artículo 12 “que la libertad de prensa es de los grandes baluartes de la libertad y nunca puede ser restringida por gobiernos despóticos” y la Primera Enmienda de 1791 expresará que “[e]l Congreso no formulará ninguna ley... que limite la libertad de palabra, o la libertad de prensa; o el derecho de las personas a reunirse pacíficamente, y pedir que el Gobierno estatal les compense para resolver una demanda”.

¹²⁵³ Vid. *Ibidem*, p.473. Destaca este autor que “[p]or ejemplo los mandatos judiciales para impedir la publicación de artículos de periódicos (previamente restringida) han sido muy desaprobados en ambas jurisdicciones: la prohibición de publicar las memorias oficiales de seguridad han sido eliminadas por ambas jurisdicciones”; que “[l]a imposición de castigos por la crítica de políticos es inaceptable por ambos Tribunales”; que “[a]ctualmente, despedidos de un empleo público sobre la base del ejercicio de la libertad de expresión, está sujeto a limitaciones parecidas en ambas jurisdicciones”, que “[a]mbas jurisdicciones dan más libertad a la acción gubernamental tomada para proteger niños de la pornografía” y que “[l]a prohibición de publicar información sobre la disponibilidad de facilidades para el aborto es inaceptable en los Estados Unidos y en la Convención Europea”.

¹²⁵⁴ La STEDH asunto Müller y otros c. Suiza, núm. 10737/84, de 24 de mayo de 1988, refiriéndose a la libertad de expresión, señala que “*il englobe la liberté d’expression artistique - notamment dans la liberté de recevoir et communiquer des informations et des idées - qui permet de participer à l’échange public des informations et idées culturelles, politiques et sociales de toute sorte*”.

¹²⁵⁵ Vid. BUSTOS GISBERT, Rafael: “El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión”, en *Revista de estudios políticos*, núm. 85, 1994, pp.261-289.

unitaria que afirma que la libertad de información está comprendida en la libertad de expresión¹²⁵⁶, es decir, este último sería un derecho unitario de contenido complejo, mientras otros se decantan por la idea de que estamos ante un “entramado de derechos cada uno de ellos dotado de un contenido y efectos propios”¹²⁵⁷. Incluso entre quienes sostienen que se trata de derechos autónomos se reconoce un tronco común que algunos han denominado como “libertad de comunicación pública”¹²⁵⁸. Nosotros, como lo hemos adelantado, preferimos utilizar la fórmula “libertad de expresión” como integradora de estas diversas libertades, las que obviamente tienen elementos comunes y rasgos diferenciadores.

Tradicionalmente se ha fundamentado la visión dualista en la diferente naturaleza o contenido de lo expresado. Así, mientras la libertad de opinión se referiría a la manifestación de pensamientos, ideas y opiniones, “concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor”, la libertad de información lo haría respecto de la comunicación de hechos o datos, “o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables”¹²⁵⁹. Tal doctrina ha sido sostenida por el Tribunal Constitucional español desde sus inicios y, en general, hasta ahora, dicho criterio sigue bastante presente¹²⁶⁰.

Con todo, aunque se ha fundamentado la distinción en función de la naturaleza de lo expresado, se reconoce en la STCE 6/1988, de 21 de enero, que, “en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa”¹²⁶¹. En estos supuestos en que

¹²⁵⁶ Vid. FREIXES SANJUÁN, Teresa: “Protección europea de la libertad de expresión y su integración en la jurisprudencia constitucional”, en *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio*, Vol. 1, 1992, pp.940-941 y 960-962,

¹²⁵⁷ VALDÉS DAL-RÉ: “La libertad de expresión e información...”, s/p.

¹²⁵⁸ BUSTOS GISBERT: “El concepto de libertad...”, p. 263.

¹²⁵⁹ Ambos textos entrecomillados corresponden a la STCE 6/1988, de 21 de enero.

¹²⁶⁰ Entre las primeras puede mencionarse la recién citada STCE 6/1988, de 21 de enero, (antes, aunque con menor desarrollo argumental, expresará esta distinción la STCE 104/1986, de 17 de julio), y entre las últimas está la STCE 65/2015, de 13 de abril.

¹²⁶¹ Pues, añade la sentencia, “la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión”. Sobre la dificultad de efectuar esta separación *vid.*, entre otras, SSTCE 223/1992, de 14 de diciembre (artículo en un diario en el cual se refiere a ciertos hechos en los que habría participado una autoridad y que incluye una opinión crítica al respecto); 174/2006, de 5 de junio (nota emitida por Asociación de Madres y Padres de Alumnos, cuyo contenido es eminentemente informativo de la conducta de una profesora de un Instituto de Enseñanza Secundaria, pero en la cual se emiten una serie de calificativos y valoraciones críticas relativas a la actuación de ésta); 29/2009, de 26 de enero

pueden aparecer entremezclados elementos, el TCE para calificarlos propone, en la citada sentencia, atender “al elemento que en ellos aparece como preponderante”¹²⁶². En idéntico sentido se expresan, por ejemplo, las SSTCE 223/1992, de 14 de diciembre y 4/1996, de 19 de febrero¹²⁶³. Ahora, cabe tener presente que sentencias más recientes, como la STCE 65/2015, de 13 de abril, entienden que cuando se plantea la vulneración de las libertades tanto de expresión como de información, lo que ha de determinarse es “si fueron efectivamente ambos derechos fundamentales los que vinieron a ejercerse [...] o si sólo fue puesto en práctica, o lo fue de modo preponderante, uno de tales derechos fundamentales”.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto al contenido del derecho a la libertad de expresión afirma -en una visión unitaria, pero que reconoce distintas dimensiones- que las personas “tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”, y es por ello “que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno” (SCIDH, caso “La Última Tentación de Cristo”, Olmedo Bustos y otros vs. Chile, serie C núm.73, de 5 de febrero de 2001)¹²⁶⁴.

(artículo periodístico que califica de xenófoba a persona que fue denunciada por la policía por comportamientos xenófobos durante una campaña electoral); 50/2010, de 4 de octubre (programa radial en el que se relatan determinados hechos y se expresan opiniones que pudieran afectar al honor de su protagonista); 41/2011, de 11 de abril (imputación de delito de falsedad documental a guardias civiles) y la ya citada 65/2015, de 13 de abril (carta pública difundida a través de un diario en la se expresa la posición y valoración sobre una resolución judicial).

¹²⁶² Vid. crítica a esta doctrina en BUSTOS GISBERT: “El concepto de libertad...”, pp.267 y ss.

¹²⁶³ En esta última, aunque en la carta del trabajador a la prensa junto a la información de determinados hechos se ofrecía una valoración crítica sobre la actuación empresarial, el TCE se decanta por considerar que el derecho en juego era la libertad de información. Hay autores que propósito de esta han señalado que “no queda más remedio que afirmar que en estos casos la frontera entre libertad de expresión y la de información se difumina enormemente” y, frente a ello, han afirmado (en la lógica de la jurisprudencia española de escoger el preponderante) que “lo esencial es que existan unos hechos noticiables” y que “si éstos se producen estaremos en presencia de la libertad de información, siendo accesorio que se produzcan valoraciones o interpretaciones sobre tales hechos” (GORELLI HERNÁNDEZ, Juan e IGARTUA MIRÓ, María Teresa: “Libertad de información y contrato de trabajo. El problema de sus límites. A propósito de la STC 57/1999, de 12 de abril”, en *Aranzadi Social*, T. V, 1999, s/p, versión electrónica).

¹²⁶⁴ Vid. Caso sobre colegiación obligatoria de periodistas (arts.13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85, serie A núm.5, del 13 de noviembre de 1985.

Sea que se sostenga que la libertad de expresión en sentido estricto y la libertad de información son derechos autónomos, sea que se afirme que se trata de diferentes manifestaciones de un solo derecho, a la hora de calificar los supuestos de cada caso habrá que atender a la naturaleza de lo expresado, distinguiendo cuidadosamente entre los hechos y los juicios de valor, como lo propone las STEDH en el asunto *Lingens c. Austria*, núm. 9815/82, de 8 de julio de 1986, pues “[s]i la matérialité des premiers peut se prouver, les seconds ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude”.

En virtud de lo señalado, en materia de responsabilidad por el ejercicio de la libertad de información consistente en la difusión de hechos, quien los ha comunicado podrá valerse de la *exceptio veritatis*, en tanto existe la posibilidad de probar la veracidad de los mismos. Se ha afirmado que “siempre que sea necesario para la resolución de un caso probar la veracidad de los hechos imputados tendremos que decir que nos encontramos ante el ejercicio de la libertad de información”; sin embargo, es necesario considerar que la libertad de información “no tutela la transmisión desnuda de hechos, sino también la comunicación de juicios de valor vinculados a tales hechos”¹²⁶⁵.

Por el contrario, los juicios de valor, en tanto meras ideas u opiniones, no son susceptibles de ser probados. Como lo recuerda la STCE 56/2008, de 14 de abril de 2008, ello hace que “al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación”¹²⁶⁶. Con todo, los juicios de valor pueden basarse en hechos. Se ha planteado que “[e]xcluir la transmisión de hechos del objeto de la libertad de expresión implica reducir excesivamente el contenido del derecho a expresarse libremente”, y que, a su vez, el considerarla “permitiría también incluir la prueba de la verdad en el ejercicio de la libertad de expresión impidiendo que se llegara a extender demasiado el ámbito de la libertad de información”¹²⁶⁷. En similar sentido, Valdés Dal-Ré hace notar que “el TEDH ha extendido parcialmente la *exceptio veritatis* a los juicios de valor a través de la doctrina de la base fáctica suficiente”, destacando que “el órgano judicial europeo considera lesionado el derecho si los tribunales

¹²⁶⁵ BUSTOS GISBERT: “El concepto de libertad...”, p.269.

¹²⁶⁶ En palabras de la STCE 65/2015, de 13 de abril, “la libertad de expresión tiene su campo de proyección más propio en la manifestación de valoraciones o juicios que, es evidente, quedan al margen de toda confirmación o desmentido fácticos”.

¹²⁶⁷ BUSTOS GISBERT: “El concepto de libertad...”, p.269.

nacionales impiden la realización de esa prueba o no enjuician la posible veracidad de esos hechos al valorar las opiniones emitidas”¹²⁶⁸.

Para Bustos Gisbert, por una parte, “la llamada prueba de la verdad, la relevancia pública de determinadas informaciones o la existencia de una necesaria labor preparatoria de la información son elementos exclusivos de la libertad de información”¹²⁶⁹ y, por otra, lo que diferencia a esta libertad es su estructura comunicativa. Este autor, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, caracteriza la estructura comunicativa de la libertad de información del siguiente modo¹²⁷⁰: el emisor o sujeto activo de este derecho es todo ciudadano (sin perjuicio de que sean los periodistas quienes lo ejercen de manera más habitual) que ha tenido conocimiento directo de hechos dotados de trascendencia pública¹²⁷¹; el canal de transmisión es un medio de comunicación social que hace posible su difusión a la colectividad¹²⁷²; el contenido de lo transmitido es un hecho noticiable o noticioso¹²⁷³, de trascendencia pública¹²⁷⁴; el destinatario de la comunicación es la colectividad, la que tiene, a su vez, el derecho a recibir la información¹²⁷⁵, y, finalmente, el contexto en que se produce la comunicación es el del debate público¹²⁷⁶. A propósito del canal de

¹²⁶⁸ VALDÉS DAL-RE: “La libertad de expresión e información...”, s/p. Cita al efecto las SSTEDH Jerusalem c. Austria, núm. 26958/95, de 27 de febrero de 2001, y Perna c. Italia, núm. 48898/99, de 6 de mayo de 2003.

¹²⁶⁹ BUSTOS GISBERT: “El concepto de libertad...”, p.262.

¹²⁷⁰ Vid. *Ibidem*, pp.270-284.

¹²⁷¹ Vid. SSTCE 6/1981, de 16 de marzo; 30/1982, de 1 de junio; 165/1987, de 27 de octubre; 6/1988, de 21 de enero; 105/1990, de 6 de junio; 126/1990, de 5 de julio; 172/1990, de 12 de noviembre; 219/1992, de 3 de diciembre; 15/1993, de 18 de enero, y 286/1993, de 4 de octubre.

¹²⁷² Vid. SSTCE 30/1982, de 1 de junio; 165/1987, de 27 de octubre; 40/1992, de 30 de marzo, y 219/1992, de 3 de diciembre.

¹²⁷³ Considerando el carácter noticioso o noticiable, se ha entendido que la intimidación o el honor, como lo señala la STC 101/2003, de 2 de junio, “se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática”.

¹²⁷⁴ Vid. SSTCE 105/1983, de 23 de noviembre; 197/1991, de 17 de octubre; 219/1992, de 3 de diciembre; 240/1992, de 21 de diciembre; 15/1993, de 18 de enero, y 178/1993, de 31 de mayo. En particular sobre lo que se considera noticiable o noticioso Bustos Gisbert menciona las SSTCE 30/1982, de 1 de junio; 105/1983, de 23 de noviembre; 3/1985, de 31 de enero; 104/1985, de 13 de agosto; 159/1986, de 31 de diciembre; 6/1988, de 21 de enero; 107/1988, de 8 de junio; 231/1988, de 2 de diciembre; 171/1990 y 172/1990, de 12 de noviembre; 143/1991, de 1 de julio; 40/1992, de 30 de marzo; 240/1992, de 21 de diciembre; 123/1993, de 19 de abril; 178/1993, de 31 de mayo; 232/1993, de 12 de julio, y 286/1993, de 4 de octubre.

¹²⁷⁵ Vid. SSTCE 105/1983, de 23 de noviembre; 13/1985, de 31 de enero; 159/1986, de 16 de diciembre, y 167/1986, de 22 de diciembre.

¹²⁷⁶ Vid. SSTCE 171/1990 y 172/1990, de 12 de noviembre, y 240/1992, de 21 de diciembre. En todo caso, cabe considerar que se trata de casos en los cuales se pretende justificar la afectación de los derechos al

transmisión se ha destacado que la libertad de información no sólo ampara la de emitir o recibir las comunicaciones sino que también la de seleccionar el medio o modo de expresión¹²⁷⁷.

En el caso de la libertad de opinión el emisor o sujeto activo, al igual que en el caso de la libertad de información es toda persona. Con todo, se ha destacado que el TEDH ha conferido una especial protección a la expresión de los representantes políticos en el marco de debates públicos (aunque también entiende que las críticas admisibles respecto de ellos tiene límites más amplios¹²⁷⁸), de los representantes sindicales, de los representantes de asociaciones de derechos humanos y de los abogados en las funciones de defensa en juicio¹²⁷⁹. Sobre los representantes sindicales se cita la STEDH Nilsen y Johnsen c. Noruega, núm. 23118/93, de 25 noviembre de 1999, en la que se destaca que el derecho a la libertad de expresión constituye uno de los instrumentos fundamentales para asegurar el goce efectivo del derecho a la libertad de reunión y de asociación y que se considerar que la expresiones formuladas se han hecho en la calidad de representantes electos de asociaciones profesionales.

La libertad de expresión, como señalábamos al inicio, es un derecho que puede entrar en conflicto con otros derechos fundamentales o con bienes constitucionalmente protegidos. Probablemente en buena parte de los casos será con el derecho a la vida privada y el derecho al honor. Se ha señalado que “por la contribución de la libertad de expresión a la formación y consolidación de los valores democráticos, la jurisprudencia

honor o a la intimidad mediante el ejercicio de la libertad de información en razón del interés general de tal información.

¹²⁷⁷ Vid. VALDÉS DAL-RÉ: “La libertad de expresión e información...”, s/p, quien cita las SSTEDH asunto Bergens Tidende y otros c. Noruega, núm. 26132/95, de 02 de mayo de 2000 y Oberschlick c. Austria, núm. 11662/8, de 23 de mayo de 1991. Esta última expresa con claridad que “*outr la substance des idées et informations exprimées, l’article 10 (art. 10) protège leur mode de diffusion*”.

¹²⁷⁸ En sentido inverso, en la STEDH Palomo Sánchez y otros c. España, núms. 28955/2006, 28957/2006, 28959/2006 y 28964/2006, de 12 de septiembre de 2011, “el Tribunal recuerda que los límites de la crítica admisible son ciertamente menos amplios respecto a los particulares que respecto a los políticos y los funcionarios en el ejercicio de sus funciones”.

¹²⁷⁹ Vid. VALDÉS DAL-RÉ: “La libertad de expresión e información...”, s/p. Cita respecto de los representantes políticos las SSTEDH asunto Castells c. España, núm. 11798/85, 23 de abril de 1992, y asunto Otegi Mondragón c. España, núm. 2034/07, de 15 de marzo de 2011. Hay quienes en esta última sentencia ven una restricción excesiva a la posibilidad de limitar el ejercicio de la libertad de expresión en el ámbito del debate político (vid. ORENES RUIZ, Juan Carlos: “El TEDH condena a España por violar la libertad de expresión”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2011, pp. 157-160).

comparada le ha atribuido una posición preferente¹²⁸⁰ respecto de los demás derechos”, lo que “no equivale a su reconocimiento como un derecho absoluto al que deba atribuirse, en caso de colisión frente a los restantes derechos fundamentales, una incondicional¹²⁸¹ primacía o preferencia”, ni tampoco significa que tenga “una posición jerárquicamente superior en relación con los demás derechos”¹²⁸². Dada la importancia fundamental para las sociedades democráticas de este derecho, se ha afirmado la necesidad de justificar los límites al mismo¹²⁸³, lo que se traduce, como se ha afirmado en la STEDH asunto Handyside c. Reino Unido, núm. 5493/72, de 7 de diciembre de 1976, en que “*toute «formalité», «condition», «restriction» ou «sanction» imposée en la matière doit être proportionnée au but légitime poursuivi*”, o, dicho en palabras de la STEDH asunto Diego Nafria c. España, núm. 46833/99, de 14 de marzo de 2002, “*cette liberté est soumise à des exceptions qui doivent cependant s’interpréter strictement, et la nécessité de restrictions quelconques doit être établie de manière convaincante*”¹²⁸⁴.

Valdés Dal-Ré puntualiza que el ámbito de aplicación natural de la noción de posición preferente son “los asuntos veraces de interés general *rationae materiae* o *rationae subiecti*”, en orden a garantizar “la formación y desarrollo de una opinión pública libre”¹²⁸⁵. Este autor constata que la jurisprudencia constitucional española “utiliza un doble canon en el enjuiciamiento de la libertad de expresión: el de la ponderación de derechos, cuando esta libertad colisiona con otros derechos fundamentales, al estilo de los derechos al honor o la libertad [...] y el del carácter preferente, en aquellos casos en los que las opiniones emitidas versan sobre asuntos de interés general o público; esto es, cuando la libertad de expresión actúa como «garantía

¹²⁸⁰ Sobre la posición preferente, en particular de la libertad de información en la jurisprudencia constitucional española, *vid.*, entre otras, las SSTCE 21/2000, de 31 de enero, 9/2007, de 15 de enero, y 235/2007, de 7 de noviembre.

¹²⁸¹ Sobre el carácter no automático ni incondicional de esta preferencia, *vid.* entre otras las SSTCE 219/1992, de 3 de diciembre y 158/2003, de 15 de septiembre.

¹²⁸² VALDÉS DAL-RÉ: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, p.139.

¹²⁸³ *Vid.* FREIXES SANJUÁN, Teresa: “Protección europea de la libertad...”, p.942. Esta autora identifica en la jurisprudencia del Tribunal Europeo como condiciones para los límites que estos vengán descritos en la ley, persigan una finalidad legítima y sean compatibles con una sociedad democrática, consignando que se reconoce un margen de apreciación a los Estados (legisladores y autoridades judiciales) respecto de la justificación de estos límites (*Vid. ibidem*, pp. 951-954).

¹²⁸⁴ *Vid.* STEDH Jersild c. Dinamarca, núm. 15890/89, de 23 de septiembre de 1994; Janowski c. Polonia núm. 25716/94, de 21 de enero de 1999; Nilsen y Johnsen c. Noruega, núm. 23118/93, de 25 de noviembre de 1999, y Fuentes Bobo c. España, núm. 39293/98, de 29 de febrero de 2000.

¹²⁸⁵ VALDÉS DAL-RÉ: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, p.139.

institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo democrático»¹²⁸⁶.

La libertad de expresión, como lo expresó la STEDH asunto Handyside c. Reino Unido, núm. 5493/72, de 7 de diciembre de 1976, “*vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population*”¹²⁸⁷. Si bien el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura de las sociedades democráticas exigen que la libertad de expresión ampare incluso las expresiones que hieren, chocan o perturban, ello no puede entenderse en el sentido que en su ejercicio puedan afectarse seriamente otros derechos fundamentales¹²⁸⁸. En tal sentido, se ha afirmado que “[e]xtramuros de su ámbito de protección quedan, así pues, las expresiones «ultrajantes u ofensivas», sin relación a las ideas u opiniones que se exponen, ya que la libertad de expresión no reconoce un «derecho al insulto»”¹²⁸⁹.

En lo relativo al conflicto entre los derechos de libertad de expresión con el derecho a la vida privada y el derecho al honor se ha reconocido en la jurisprudencia otros límites. Así, como lo ha expresado la STCE 185/2002, de 14 de octubre, no deben desvelarse “de forma innecesaria aspectos relevantes de la vida personal y privada” que sean irrelevantes a efectos de la información que se quiere transmitir por carecer de interés público¹²⁹⁰.

¹²⁸⁶ *Ibidem*, p.139. Cita en la primera hipótesis la STCE 291/2000, de 11 de septiembre, y en la segunda las SSTCE 240/1992, de 21 de diciembre, y 336/1993, de 15 de diciembre.

¹²⁸⁷ Fórmula que ha sido reiterado en muchos casos, como por ejemplo, las SSTEDH asunto Lingens c. Austria, núm. 9815/82, de 8 de julio de 1986; asunto Fuentes Bobo c. España, núm. 39293, de 29 de febrero de 2000; asunto Gunduz c. Turquía, núm. 35071/97, de 4 de diciembre de 2003; asunto Otegi Mondragón c. España, núm. 2034/07, de 15 de marzo de 2011, y asunto Haldimann y otros c. Suiza, núm. 21830/09 de 24 de febrero de 2015.

¹²⁸⁸ *Vid.* STEDH asunto Bingöl c. Turquía, núm. 36141/04, de 22 de junio de 2010 y Cumpănă y Mazăre c. Rumania, núm. 33348/96, de 17 de diciembre de 2004.

¹²⁸⁹ VALDÉS DAL-RE: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, pp.139-140. Los términos entrecomillados por el citado autor son utilizados en muchas sentencias del Tribunal Constitucional Español como, entre otras, las SSTCE 105/1990, de 6 de junio; 204/1997, de 25 de noviembre; 134/1999, de 15 de julio; 6/2000, de 17 de enero; 11/2000, de 17 de enero; 110/2000, de 5 de mayo; 112/2000, de 5 de mayo; 297/2000, de 11 de diciembre; 49/2001, de 26 de febrero; 148/2001, de 27 de junio; 204/2001, de 15 de octubre; 20/2002, de 28 de enero; 278/2005, de 7 de noviembre; 181/2006, de 19 de junio; 9/2007, de 15 de enero; 41/2011, de 11 de abril; 216/2013, de 19 de diciembre, y 65/2015, de 13 de abril de 2015.

¹²⁹⁰ En idénticos términos se pronuncia la STCE 127/2003, de 30 de junio.

Se ha reconocido, al igual que respecto de otros derechos fundamentales, la eficacia horizontal de la libertad de expresión¹²⁹¹. Esto “no solo exige de los poderes públicos una neutralidad negativa; también les pide actuaciones positivas, enderezadas unas y otras a ofrecer una eficaz tutela de las situaciones subjetivas que crea este concreto derecho fundamental”¹²⁹².

El artículo 20 de la Constitución española se refiere a varios derechos que se encuentran en el amplio ámbito de la libertad de expresión¹²⁹³. Entre ellos, en el artículo 20.1.a se reconocen el derecho “a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción” y en el artículo 20.1.d “el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”, señalándose que “la ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”. El artículo establece garantías, además, para la producción y creación literaria, artística, científica y técnica (20.1.b) y la libertad de cátedra (20.c). Señala que “[e]l ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. Se refiere también los medios de comunicación públicos¹²⁹⁴. Explicita la Constitución que estos derechos no son absolutos, afirmando que pueden ser limitados en virtud de otros derechos fundamentales, mencionando especialmente “el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”. Finalmente dispone que “[s]ólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”.

¹²⁹¹ Vid. SUDRE: *Droit international et européen...*, p.421. Se cita al respecto la y las SSTEDH asuntos Fuentes Bobo c. España, núm. 39293/98, de 29 de febrero de 2000; asunto Ozgür Gündem c. Turquía, núm.23144/93, de 16 de marzo de 2000 y asunto VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suiza, núm.24699/94, de 28 de junio de 2001.

¹²⁹² VALDÉS DAL-RÉ: “La libertad de expresión e información...”, s/p.

¹²⁹³ Para Bustos Gisbert “el conjunto de derechos reconocidos en el artículo 20, en efecto, están profundamente conectados, pero dicha conexión no es fruto de que todos ellos sean manifestaciones de la libertad de expresión, su vinculación, a nuestro entender, nace de una doble vía: su función y su modo de ejercicio”; sin embargo, este autor identifica, como adelantamos, un elemento unificador de este precepto: “la libertad de comunicación pública” (BUSTOS GISBERT: “El concepto de libertad...”, pp.262 y 263, respectivamente).

¹²⁹⁴ Determina que “[l]a ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”.

La conceptualización diferenciada que el Tribunal Constitucional español les ha dado a estos derechos, a la que anteriormente hicimos referencia, proviene del tratamiento separado que, como ahora constatamos, hace la Constitución española de ellos en el artículo 20.1.a y 20.1.d, respectivamente. Ello, según sostiene una parte de la doctrina, se apartaría de la comprensión que de ellos se tiene en los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, advirtiéndose que “separar los apartados a) y d) del artículo 20.1 CE, haciéndoles contener derechos diferentes parece contrario a la aplicación del artículo 10.2 de la propia Constitución¹²⁹⁵ [...]” y “va también en detrimento de la aplicación directa del Convenio de Roma determinada por el artículo 96.1 de la Constitución¹²⁹⁶”¹²⁹⁷

La Constitución chilena, en su artículo 19 núm.12, garantiza “[l]a libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades”. En este numeral se contemplan los derechos relativos a la libertad de prensa y de creación y mantención de medios de comunicación, el derecho a rectificación, junto con referirse a la calificación cinematográfica¹²⁹⁸. Si bien el texto constitucional aparece bastante limitado, en tanto sólo menciona el derecho a emitir opiniones e informaciones, como señala Ruiz-Tagle, algunos autores lo entienden

¹²⁹⁵ Que establece que “[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

¹²⁹⁶ Que señala que “[l]os tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”, y “[s]us disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

¹²⁹⁷ FREIXES SANJUÁN: “Protección europea de la libertad de expresión...”, pp.961-962.

¹²⁹⁸ Dispone que “[l]a ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social”; que “[t]oda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley”; que [e]l Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión y que “[h]abrará un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación.

Por otra parte, garantiza que “toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida”.

Finalmente, señala que “[l]a ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica”. El texto original en la Constitución de 1980 en este aspecto era muchísimo más restrictiva, al disponer que “[l]a ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y fijará las normas generales que regirán la expresión pública de otras actividades artísticas”.

complementado “con lo establecido en ciertas convenciones internacionales e incluyen entonces el derecho a no ser perseguido por las opiniones e informaciones que se emitan, el derecho a propagar informaciones sin límite de fronteras, el derecho a acceder a la fuente de la noticia, e incluso, el derecho de la comunidad de recibir información”¹²⁹⁹.

3.4.1.2. *La libertad de expresión en instrumentos internacionales y supranacionales*

La Declaración Universal, en su artículo 19, reconoce a todo individuo el “derecho a la libertad de opinión y de expresión”, explicitando que tal derecho “incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. Ya anteriormente, en 1944, la Declaración de Filadelfia de la OIT había afirmado, junto a otros principios fundamentales (como el de la libertad de asociación), que la libertad de expresión es esencial (I.a).

Por su parte, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, junto con reiterar, en su artículo 19.1, que “nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones” y que todas las personas tienen “derecho a la libertad de expresión”, explicita que “este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras”. Respecto de los medios de expresión, señala que pueden ser orales, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de elección de las personas. Respecto de este derecho, en virtud de los deberes y responsabilidades que entraña, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos autoriza que, por expresa disposición legal, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que sean necesarias para “asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” y “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” (artículo 19.3). En la misma línea, señala que estará prohibida por ley “toda propaganda en favor de la guerra” y “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia” (artículo 20).

¹²⁹⁹ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo: “Apuntes sobre la libertad de expresión y censura en Chile”, en *Revista Derecho y Humanidades*, núm.5, 1998, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, p.40.

A nivel regional, el Convenio Europeo, en su artículo 10.1, reconoce que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión”, señalando que “este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”. El Convenio explicita mayores limitaciones que otros instrumentos internacionales, pues en el artículo 10.2, luego de afirmar que “[e]l ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades”, establece que “podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”¹³⁰⁰.

Por su parte, el artículo 11.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra el derecho a la libertad de expresión en un texto idéntico al que hemos citado del Convenio Europeo¹³⁰¹, salvo que no incorpora explícitamente ninguna mención a las restricciones del mismo¹³⁰². En el artículo 11.2 se consagra “la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo”¹³⁰³.

¹³⁰⁰ Por ejemplo, no se impide que Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa o se autoriza medidas para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

¹³⁰¹ El epígrafe de este artículo 11 dice [l]ibertad de expresión y de información”, pero luego se señala en él que el derecho a la libertad de expresión “comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas”. Tal rotulación ha sido catalogada de “abierto confusión” (VALDÉS DAL-RÉ: “La libertad de expresión e información...”, s/p).

¹³⁰² Con todo, “la ausencia en la Carta de Niza de un régimen específico y privativo de limitaciones a las libertades de expresión e información no puede ser entendida, sin más, como la configuración por la propia Carta de estas libertades como derechos absolutos”, pues al tenor de lo dispuesto en el artículo 52.1 y 52.3 de la Carta, “dicha ausencia carece de toda relevancia jurídica” (VALDÉS DAL-RÉ: “La libertad de expresión e información...”, s/p). En virtud del artículo 52.1, “[c]ualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocido por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades” y “[d]entro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”. Por su parte, el artículo 52.3 dispone que, “[e]n la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio”, que es precisamente lo que sucede en este caso. Cabe tener presente que, como señala el citado precepto, “[e]sta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”.

¹³⁰³ Esta libertad está dotada, “al menos desde una perspectiva sistemática, de sustantividad normativa propia y diferenciada de la anterior” y este artículo 11.2 “hace suyo y normativiza una consolidada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), elaborada con ocasión de la interpreta-

La Convención Americana, en su artículo 13, reconoce el derecho a la libertad de expresión, junto a la libertad de pensamiento. Para la Convención este derecho “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. Señala el citado artículo que su ejercicio “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley” y ser necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”, o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”¹³⁰⁴. En el numeral 3 se dispone que “[n]o se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos”¹³⁰⁵. Con todo, la Convención considera la prohibición por la ley de “toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

3.4.2. La libertad de expresión del trabajador

3.4.2.1. Eficacia en la empresa y límites como conflicto iusfundamental

Como hemos adelantado, el derecho de la libertad de expresión y sus principales manifestaciones, la libertad de opinión y libertad de información, tienen una eficacia horizontal, alcanzando también a las relaciones laborales¹³⁰⁶. Se ha constatado que “la

ción de la que, acaso, puede calificarse como una de la manifestación más típica de la libertad de expresión y de información: la de prensa”(VALDÉS DAL-RÉ: “La libertad de expresión e información...”, s/p).

¹³⁰⁴ Aunque admite que los espectáculos públicos puedan “ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia”

¹³⁰⁵ Señala, entre estos medios indirectos “el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

¹³⁰⁶ En este sentido, como señala Valdés Dal-Ré, “la capacidad de los derechos de la palabra para, en función de su regulación, colaborar al progreso, al estancamiento o al retroceso de los valores democráticos no es sólo una afirmación válida para la sociedad y sus estructuras de poder”, sino “[t]ambién sirve la empresa, para las relaciones jurídicas que en ellas se traban y para las estructuras de poder que en ella habitan y sobre las que ella, en gran medida, se organiza” (VALDÉS DAL-RÉ: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, p.140). Este autor destaca como este derecho fue precozmente amparado para los trabajadores en artículo 118 la Constitución de Weimar, el cual reconoce a los alemanes la libre

relación laboral aparece como causa y ocasión de un sinnúmero de supuestos de comunicación entre el empresario y los trabajadores, o viceversa, entre estos últimos entre sí o de todos ellos con el exterior”¹³⁰⁷. El reconocimiento de estos derechos al interior de la empresa es necesario a efectos de que existan relaciones laborales acordes a los valores de las sociedades democráticas ¹³⁰⁸. Así, su ejercicio por parte del trabajador puede también dar lugar a conflictos iusfundamentales en relación con el empresario¹³⁰⁹. Si bien durante mucho tiempo se otorgó demasiada relevancia al deber de lealtad del trabajador hacia su empleador, en perjuicio de la libertad de expresión, la tendencia en el tiempo ha sido a dar crecientemente más peso a este derecho fundamental¹³¹⁰ y, como se expresa en la decisión de la Comisión en el asunto *Rommelfanger c. Alemania*, núm. 12242/86, de 6 de septiembre de 1989, debemos tener en cuenta “*la nécessité de reconnaître la liberté d’expression d’un employé à l’encontre d’exigences excessives de son employeur*”.

La empresa es un espacio social y, en tanto tal, en las relaciones laborales los sujetos han de poder ejercer sus derechos fundamentales, y, entre ellos, la libertad de opinión y la libertad información¹³¹¹. Tal ejercicio estará sujeto a los límites que hemos mencionado y que son aplicables en los diversos espacios sociales. Por ello, en las relaciones laborales la libertad de expresión tiene como límites el respeto al derecho a la

emisión de las ideas “sin que se les dificulte este derecho a causa de su condición de dependencia como trabajador o empleado”.

¹³⁰⁷ GOERLICH PESET: José María: “Las libertades de expresión y de información en las relaciones laborales”, en *Las libertades de información y de expresión. Actas de las VII jornadas de la asociación de letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional, Madrid, 2002, pp.89.

¹³⁰⁸ Vid. VALDÉS DAL-RÉ: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, p.140 y GOERLICH PESET: “Las libertades de expresión y de información...”, pp.89-90.

¹³⁰⁹ Sobre el problema acerca de si las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales, son remitidos a lo señalado en apartado “1.2.4.3. Titularidad del derecho a la libertad de empresa”.

¹³¹⁰ Vid. BRONSTEIN: *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo*, p.225. Anteriormente, para el caso de España se había tomado nota de “la existencia de una tendencia crecientemente protectora hacia la libertad de expresión e información en el ámbito laboral” (DEL REY GUANTER, Salvador: *Libertad de expresión e información y contrato de trabajo: un análisis jurisprudencial*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1994, p.79).

¹³¹¹ En particular, en relación con la libertad de expresión de los trabajadores en las empresas de tendencia y, más concretamente, respecto de quienes en ella cumplen labores ideológicas, debemos remitirnos a lo señalado al tratar la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Al respecto, podemos recordar que si bien el desarrollo de la misión de tales empresas demandaría de los trabajadores una cierta lealtad con el ideario institucional, ello no significa que puedan establecerse límites a la expresión de cualquier discrepancia con este, admitiéndose frente al ataque claro y abierto a ese ideario medidas empresariales, en tanto estas superen el canon de proporcionalidad.

vida privada¹³¹² y al honor de las personas, sin perjuicio de su posición preferente tratándose de asuntos de interés general o público.

Es preciso considerar las particularidades que tiene la empresa en tanto espacio social, lo que puede significar que el ejercicio de la libertad de expresión pudiera verse restringido o matizado como consecuencia de una relación laboral, como lo han afirmado, entre otras, las SSTCE 186/1996, de 25 de noviembre y 90/1999, de 26 de mayo. En este sentido, se debe tener presente que la empresa es una organización de trabajo, estructurada jerárquicamente y en la que existe cierta disciplina, siendo dirigida por un empleador que está dotado de poderes reconocidos por la normativa y en la cual los trabajadores realizan su labor en condiciones de subordinación propias del contrato que las rige. Para el funcionamiento de esta organización de trabajo se requiere, en la cooperación y el conflicto, procesar apropiadamente los intereses de las partes, resultando clave el adecuado ejercicio de la libertad de opinión y la libertad de información. Si bien en algún momento se tuvo una visión excesivamente contractualista de los límites a estos derechos en el marco de la empresa, ello ha ido dando paso progresivamente a la comprensión de que los límites sólo eventualmente pueden tener lugar en virtud de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente amparados y en la medida que superen el canon de proporcionalidad.

La empresa es, a su vez, una organización que opera en el mercado, ofreciendo bienes o servicios en condiciones de competencia y relacionándose con proveedores, con clientes efectivos o potenciales, con competidores y con reguladores. En este contexto, la empresa “es portadora de unos intereses, que pueden ser objeto de interferencia, positiva o negativa, a resultas de la opinión e información procedente de ella”¹³¹³, intereses como la imagen de la empresa, de sus productos o servicios, la defensa de la seguridad o la salvaguarda de la propia posición competencial¹³¹⁴. El ejercicio por parte de los trabajadores de la libertad de expresión puede amenazar o

¹³¹² Por ejemplo, la STCE 115/2000, de 5 de mayo, afirma que “desde la perspectiva constitucional cabe estimar asimismo que el secreto profesional, en cuanto deber que se impone a determinadas personas (STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 10), resulta exigible no sólo a quien se halla vinculado por una relación estrictamente profesional, sino también a aquéllos que, como ocurre en el presente caso, por su relación laboral conviven en el hogar de una persona...”.

¹³¹³ VALDÉS DAL-RÉ: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, p.143

¹³¹⁴ Vid. GOERLICH PESET: “Las libertades de expresión y de información...”, p. 92.

lesionar esos intereses, por lo que aparecen eventualmente otros elementos en el entramado de límites a los que se ve enfrentado tal ejercicio. Aquí cobra importancia la noción de daño desproporcionado, al que ha aludido la jurisprudencia. Creemos que la legitimidad de tales límites, como lo hemos señalado precedentemente, sólo puede provenir de un conflicto iusfundamental y no de la defensa de intereses meramente patrimoniales.

Este es un derecho no solo relevante desde la perspectiva del trabajador individualmente considerado, sino también para la dimensión colectiva de las relaciones laborales, resultando indispensable para la realización de la libertad sindical¹³¹⁵. Como ha señalado la STCE 201/1999, de 8 de noviembre, “la transmisión de noticias de interés sindical, el flujo de información entre el sindicato y sus afiliados, entre los delegados sindicales y los trabajadores en general, encuentra su fundamento en la función representativa de la autonomía sindical, permite el ejercicio cabal de una acción sindical, propicia el desarrollo de una democracia y de un pluralismo sindicales y, en definitiva, constituye un elemento esencial en la concreción del derecho fundamental a la libertad sindical”. Se ha destacado la relevancia de este derecho en el marco de los conflictos colectivos, tanto en relación a la comunicación entre representantes y trabajadores durante el mismo, como por el recurso a la opinión pública para incrementar la presión del conflicto o bien para instituirlo¹³¹⁶.

La libertad de opinión y la de información en el ámbito colectivo normalmente son reconocidas de manera expresa en las legislaciones¹³¹⁷, lo que no suele suceder

¹³¹⁵ Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo*, Quinta edición (revisada), Ginebra, 2006, núm. 154 y ss. En ella se afirma que “el ejercicio pleno de los derechos sindicales requiere la existencia de una corriente libre de informaciones, opiniones e ideas...” (núm. 154).

¹³¹⁶ Vid. GOERLICH PESET: “Las libertades de expresión y de información...”, pp.90-91.

¹³¹⁷ En España, por ejemplo, se reconoce el derecho a la libertad de expresión de los representantes de los trabajadores (artículo 68.d ET), lo que incluye la posibilidad de distribuir información sindical (artículo 8.1.b LOLS) y el derecho de los trabajadores a recibir la información que le remita su sindicato (artículo 8.1.c LOLS). Por su parte, el artículo 64 ET regula los derechos de información y consulta del comité de empresa sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma.

En el caso de Chile, podemos mencionar, por ejemplo, que en el artículo 291.b) CT se tipifica como atentado contra la libertad sindical entorpecer o impedir, por cualquier medio, la libertad de opinión de los miembros de un sindicato. Por su parte, en el artículo 290.c) CT se considera como atentado a la libertad sindical que las organizaciones sindicales apliquen sanciones a un afiliado por haber dado testimonio en juicio o que los directores sindicales se nieguen a dar curso a una queja o reclamo de un afiliado en represalia por sus críticas a la gestión de aquélla. En cambio, desde la perspectiva a los límites de estas liberta-

respecto del trabajador individualmente considerado¹³¹⁸. Por el contrario, normalmente a estos derechos se los trata en el ámbito individual “desde una perspectiva represiva o prohibitiva; esto es, se limita a calificar normativamente como causas justas de despido las ofensas verbales de los trabajadores o la transgresión de la buena fe”¹³¹⁹.

Es pertinente tener presente que en España, de acuerdo al artículo 54.2.c ET es causal de despido disciplinario del trabajador la expresión de “ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos”. Mientras que el artículo 5.1.a) establece dentro de los deberes básicos del trabajador el cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo de “conformidad a las reglas de la buena fe” y en el artículo 20.2 se exige al trabajador en el cumplimiento de la obligación de trabajar la diligencia y la colaboración al empresario en el trabajo, especificándose que en cualquier caso, “el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe”. La transgresión de la buena fe ha sido un motivo al que los tribunales laborales españoles “tienden a reconducir la mayor parte de las manifestaciones de la libre expresión o información ejercitadas por el trabajador y que el empresario, en un momento dado, considera como comportamientos constitutivos de un incumplimiento contractual grave y culpable”¹³²⁰. Como constataba Goerlich Peset, en los primeros tiempos en la jurisprudencia laboral española, “[e]n virtud de una lectura que hacía equivaler el deber de buena fe a la cláusula de lealtad propia de las relaciones laborales predemocráticas, el ámbito de ejercicio legítimo de los indicados derechos fundamentales ha sido reducido al mínimo...”¹³²¹. En el caso de Chile, el artículo

des, el artículo 290.e) CT sanciona como práctica desleal la divulgación por los miembros del directorio de la organización sindical a terceros ajenos a ésta los documentos o la información que hayan recibido del empleador y que tengan el carácter de confidencial o reservados. Por su parte, el actual artículo 315 CT establece el derecho de la organización sindical, en el marco de la negociación colectiva, a obtener del empleador determinada información de la empresa (al tenor de una reforma en actual trámite en el Congreso Nacional, este derecho sería ampliado).

¹³¹⁸ Actualmente el *Code du Travail* en Francia reconoce en su artículo L2281-1 que “[l]es salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail”.

¹³¹⁹ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: “La dimensión laboral de la libertad de expresión”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 1, 2004, s/p (versión electrónica en laleydigital.es).

¹³²⁰ VALDÉS DAL-RÉ: “La dimensión laboral de la libertad de expresión”, s/p.

¹³²¹ GOERLICH PESET: “Las libertades de expresión y de información...”, p.95. Similares conclusiones pueden extraerse del análisis jurisprudencial que Del Rey Guanter realiza de esos primeros años, quien constata el condicionamiento de la libertad de expresión a la buena fe contractual, citando al efecto las SSTCE 120/1983, de 15 de diciembre (despido de miembros de comité de huelga de un colegio que hacen público comunicado a padres y alumnos), y 88/1985, de 19 de julio (despido de un jefe clínico de un

160.1.d) CT determina que el contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando se le ponga término invocando como causal las “injurias proferidas por el trabajador al empleador”.

La lógica contractual, especialmente fundada en el deber de buena fe, no solo fue aplicada al ejercicio de la libertad expresión de los trabajadores por parte de la jurisprudencia ordinaria laboral española, sino que informó incluso la jurisprudencia constitucional de la primera época y hasta mediados de los 90. Ejemplo paradigmático de tal doctrina lo constituye la citada STCE 120/1983, de 15 de diciembre, la cual expresa que los condicionamientos impuestos por relación laboral a los derechos fundamentales del trabajador “han de ser matizados cuidadosamente, ya que resulta cierto que no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad, con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto cuya legitimidad general ampara el texto constitucional; pero ello no exime de la necesidad de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe, como necesidad general derivada del desenvolvimiento de todos los derechos y específica de la relación contractual, que matiza el cumplimiento de las respectivas obligaciones, y cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos, quedando al margen de su protección”. Nos encontramos con un juicio constitucional sobre una medida empresarial que no se resuelve en clave constitucional, sino en base a las obligaciones contractuales del trabajador, concretamente a las exigencias de la buena fe. A este respecto, Naranjo de la Cruz nos recordaba que la determinación del ámbito de extensión de un derecho “debe realizarse en virtud fundamentalmente de su propia descripción en el texto constitucional” y que “[s]i de ella misma, como aquí sucede, no resulta un estrechamiento de su alcance en el espacio de las relaciones laborales, el recurso a la calificación de la buena fe como ley general reduce injustificadamente la delimitación del derecho, escapando así de su confrontación con los criterios propios de la teoría de los límites de los derechos fundamentales”¹³²².

centro por efectuar críticas al sistema asistencial), y jurisprudencia laboral ordinaria (Vid. DEL REY GUANTER, Salvador: *Libertad de expresión e información...*, pp.47-78)

¹³²² NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos fundamentales...*, p.372.

Avanzada la década de los 90, como adelantábamos, se produce la descontractualización o, dicho en positivo, la constitucionalización de los criterios jurisprudenciales en relación al ejercicio de las libertades de expresión por los trabajadores¹³²³. Hay consenso en identificar a la STC 6/1995, de 10 de enero, como la que marca el giro en la jurisprudencia constitucional española respecto de este derecho¹³²⁴, cuya importancia radica, “de una parte, en la identificación de los bienes constitucionales que han de medirse con los derechos fundamentales del trabajador en los supuestos de conflicto y, de otra, en la fijación del criterio de ponderación que ha de aplicarse para resolver tal litigio”¹³²⁵. Valdés Dal-Ré advierte que “esta nueva orientación no está por completo exenta de ciertas ambigüedades, la principal de las cuales es la de seguir atribuyendo al deber de buena fe la condición de límite al ejercicio de este derecho, bien que ahora con un carácter «adicional» o «débil»¹³²⁶”; pero reconoce que “no es menos cierto que la jurisprudencia constitucional, tras esta sentencia, ha llevado a cabo una «constitucionalización» de las libertades de expresión e información de titularidad del trabajador”¹³²⁷. En palabras de Naranjo de la Cruz, “una limitación de las libertades de expresión e información articulada en torno a la aplicación del principio de la buena fe debe encontrar su justificación última en la lícita protección de intereses empresariales constitucionalmente garantizados mediante la libertad de empresa”¹³²⁸.

¹³²³ Vid. GOERLICH PESET: “Las libertades de expresión y de información...”, pp.98 y ss.

¹³²⁴ A su vez, esta sentencia se basa en la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, en la STCE 99/1994, de 11 de abril, a propósito del derecho a la propia imagen del trabajador, que, en su momento, citamos. Precisamente trasladando los fundamentos de ese caso a este relativo a la libertad de expresión señala el TCE que “aunque «la relación laboral... tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la vida humana a los poderes empresariales» y a los requerimientos de la organización productiva, «no basta con la sola afirmación del interés empresarial (para comprimir los derechos fundamentales del trabajador) dada la posición prevalente» que éstos alcanzan en nuestro ordenamiento. Por ello, «los requerimientos... de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquéllos» han de estar «especialmente cualificados por razones de necesidad» estricta, que han de ser acreditadas por quien las alega”.

¹³²⁵ NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos fundamentales...*, p.435. Este autor destaca que “es el propio TC el que se encarga explícitamente de reconducir a este nuevo planteamiento, descrito en términos de conflicto entre bienes constitucionales, fragmentos que en sus anteriores sentencias se encuadraban más bien en una actuación sobre el ámbito de delimitación del derecho” (*Ibidem*).

¹³²⁶ Como dirá con claridad la STCE 241/1999, de 20 de diciembre, “[e]l equilibrio necesario en las relaciones de trabajo en sentido amplio, en definitiva, modula los derechos fundamentales, pero sólo en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad laboral”, pero “[e]s un límite débil frente al fuerte que representa la intersección del derecho fundamental con otros principios y derechos subjetivos consagrados por la Constitución”.

¹³²⁷ VALDÉS DAL-RÉ: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, pp.145-146.

¹³²⁸ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales...*, p.435.

3.4.2.2. *Ejercicio de la libertad de expresión y algunas cuestiones en torno a sus límites*

El ejercicio de las libertades de expresión por parte del trabajador puede presentarse de diversas formas, según frente a quien se exprese, el modo en que se lleve a cabo¹³²⁹ y la materia a la que se refiera. Así podemos distinguir entre las expresiones formuladas *ad intra* de la empresa o *ad extra* de la misma. En las primeras cabría diferenciar entre aquellas dirigidas a la empresa¹³³⁰ y aquellas que se efectúan entre los trabajadores. En las segundas correspondería hacerlo entre las que se dirigen a terceros vinculados a la empresa, como son los clientes, usuarios o proveedores¹³³¹; las que se dirigen a las autoridades y aquellas que se dirigen a la opinión pública en general¹³³².

¹³²⁹ Ha existido en la doctrina científica en el último tiempo cierta atención al tema de la utilización de las redes sociales y las relaciones laborales (*vid.*, por ejemplo, CARDONA RUBERT, María Belén: “Redes sociales en el contrato de trabajo”, en RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Coord.): *Derecho y redes sociales*, 2010, pp. 163-176). Su utilización por parte del trabajador tiene implicaciones en materia de derechos fundamentales, notoriamente en lo relativo al derecho a la privacidad y a los derechos de expresión. Sobre estos últimos derechos, es obvio que pueden y son utilizados por los individuos como medios para difundir sus opiniones y para dar a conocer hechos. Su calificación como canales de comunicación abiertos o cerrados dependerá en gran medida de la propia configuración que cada persona elija como usuaria de las mismas. En la medida que el perfil definido por el usuario o algunas de sus publicaciones se hagan de manera abierta a un público amplio, las expresiones que allí se formulen en relación con la empresa en la cual presta servicios podrían entrar en conflicto con derechos fundamentales del empleador. Entendemos que ellas habrán de calificarse y tal conflicto ponderarse de acuerdo a los criterios generales que hemos expuesto respecto del ejercicio de estos derechos y a aquellos que ahora revisamos en el ámbito de las relaciones laborales.

¹³³⁰ Sobre jurisprudencia laboral ordinaria española de los primeros tiempos al interior de la empresa y sin publicidad *vid.* DEL REY GUANTER: *Libertad de expresión e información...*, pp.76-77. Entre ellas, las SSTs de 7 de noviembre de 1983, de 12 de abril de 1984 y de 24 de noviembre de 1986, todas ellas sobre cartas de trabajadores a directivo exponiendo críticas cuyos despidos fueron declarados improcedentes dada la falta de publicidad y el contexto de conflictividad en que se produjeron. Al contrario la STS de 3 de octubre de 1985 y la STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 1991, en base a los términos especialmente ofensivos utilizados por escrito, declara procedente, respectivamente, el despido y la sanción. Similares criterios se tuvo respecto de comunicaciones verbales para declarar improcedentes despidos en las SSTs de 9 de junio de 1986 y de 20 de febrero, y de 11 de octubre de 1990 para declararlo procedente.

¹³³¹ Del Rey Guanter constatando que en ocasiones la expresión “no se realiza con unos fines de publicidad tan extensos, sino que mantiene una estrecha relación con el ámbito de la empresa en sí, de forma que aunque no puede negarse la posibilidad de trascendencia a la opinión pública en general, sus destinatarios son personas que de una u otra forma se relacionan con ella”, presenta algunos casos de la jurisprudencia laboral de la década de los 80. En todo caso, él incluye en esta categoría la difusión de comunicaciones entre los trabajadores de la empresa. Menciona STS de 9 de junio de 1982 (reparto de boletín informativo sindical con acusación contra los empresarios), STCT de 6 de octubre de 1983 (despido de trabajador autor de una “pintada” contra la empresa), STS de 6 de febrero de 1990 (comunicado de dos miembros de comité de empresa), STCT de 12 de marzo de 1985 (cartel acusando a la empresa en la fachada del centro de trabajo) y STCT de 6 de julio de 1983 (trabajadores portan frente a los clientes inscripciones denunciando conducta empresarial) (*Vid.* DEL REY GUANTER: *Libertad de expresión e información...*, pp.65-70).

¹³³² Destaca Del Rey Guanter dos sentencias del Tribunal Supremo, la primera de 28 de marzo de 1984, que declara procedente despido por críticas a conducta empresarial en periódico sindical, y de 13 de noviembre de 1986, que declara excesivo el despido por similar conducta, pero a través de un medio de

En relación a las críticas internas, resulta ilustrativa la STCE 56/2008, de 14 de abril. En ella se descarta que el trabajador haya transgredido los límites del derecho a la libertad de expresión en el escrito crítico que hizo público en la empresa, en razón que el “texto se refiere estrictamente a cuestiones relativas al desarrollo de las relaciones laborales en la empresa” y sobre tales aspectos “el trabajador ve elementos que considera criticables y que desea denunciar”¹³³³. La sentencia consigna que “[a]un cuando en algunos momentos pueda estimarse que la denuncia reviste una particular dureza, ha de tenerse en cuenta que tal escrito [...] queda limitado en su difusión al ámbito puramente interno de la empresa¹³³⁴ [...], sin que tampoco se haya situado al margen de las pautas de comportamiento exigibles existente una relación laboral”¹³³⁵. Agrega que “no cabe apreciar daño alguno en acreditadas necesidades o en intereses empresariales” y que, “en sí mismo considerado, el hecho de explicitar un conflicto laboral no puede siquiera concebirse como un exceso en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, resultando conceptualmente insostenible vincular el acto de hacerlo público con la idea de perjuicio o lesión de los intereses empresariales, pues el conflicto de intereses entre las partes del contrato de trabajo es consustancial a un sistema democrático de relaciones laborales, y lo es también, por tanto, el derecho a hacerlo expreso y a adoptar las medidas de conflicto que el Ordenamiento jurídico reconoce”.

El TCE aclara, en la sentencia citada, que si bien el carácter interno de la difusión resulta relevante para analizar su relación con la causación de un posible perjuicio desproporcionado al empleador, “un trabajador, en principio o como regla general, y sin perjuicio del examen de cada caso, no ve limitado por defecto su derecho

prensa escrita no sindical. En el segundo caso se tuvo en cuenta las características de las críticas y el hecho de que hayan sido formuladas en el contexto de un conflicto colectivo.

¹³³³ El tribunal con notable claridad afirma que “[l]as críticas estarán o no justificadas; el malestar que en el escrito se explicita tendrá un alcance más o menos generalizado y será o no compartido por otros trabajadores; los concretos hechos que se denuncian serán o no ciertos; el diagnóstico de la situación y de sus causas será, en fin, más o menos acertado”, pero “no cabe, en modo alguno, cuestionar su finalidad estrictamente laboral”.

¹³³⁴ Puntualiza la sentencia que “nada imponía al ejercitante del derecho dirigir su comunicado únicamente a los gestores de la entidad, pues el demandante de amparo podía, como hizo, dar a conocer el documento a los restantes trabajadores de la empresa, entregándolo incluso en mano a alguno de ellos, dinámica ésta consustancial a toda acción de expresión como la analizada, y que no afecta al carácter interno de la comunicación”.

¹³³⁵ Nos referiremos más adelante al hecho de que el trabajador tampoco haya empleado expresiones insultantes, ultrajantes u ofensiva o sin relación con las ideas y opiniones que expone.

fundamental al ámbito interno de la empresa, pudiendo dar difusión externa a sus opiniones y críticas”¹³³⁶. Dicho en otras palabras, por la misma sentencia, “el escrito del actor tuvo carácter interno, sin perjuicio de que, en su caso, su difusión externa hubiera podido encontrar acomodo en la cobertura del derecho fundamental”.

La STCE 181/2006, de 19 de junio, también en relación a una crítica interna, formulada mediante una carta dirigida al empleador y distribuida entre los trabajadores, expresa otro criterio en relación con la libertad de expresión ejercida en el ámbito de la relación laboral, que no hace más que recoger un criterio propio de las sociedades democráticas, al señalar que tal libertad “no está condicionada al requisito de que las opiniones que se vierten sean más o menos mayoritarias dentro del conjunto de los trabajadores de la empresa o cuenten con el respaldo del órgano de representación de éstos”¹³³⁷.

En una situación que está al límite de una crítica *ad intra* de la empresa o *ad extra* de la misma, la SJT de Valparaíso, núm. RIT T-6-2013, de 16 de agosto de 2013, se pronuncia sobre el despido de un grupo de trabajadores que en una cena institucional de la empresa -actividad realizada fuera de los recintos de la empresa pero organizada por la misma, con participación de directivos, trabajadores y algunos invitados- despliegan un lienzo en que se reclama contra un nuevo sistema de remuneraciones, acción que es acompañada de manifestaciones verbales. El tribunal califica la decisión de desvincularlos como vulneradora de la libertad de opinión, toda vez que “la sanción fue aplicada como consecuencia de la opinión manifestada por los actores, respecto de ciertas conductas o actuaciones de la empleador”, consignando que no reviste importancia para estos efectos, “la oportunidad en que se realizó la manifestación”.

En materia de críticas *ad extra*, citaremos dos casos en que tribunales laborales chilenos, SJT de Valparaíso, núm. RIT T-19-2009, de 15 de septiembre de 2010, y SJT de Santiago 2°, núm. RIT T-652-2013, de 13 de abril de 2014, se pronuncian sobre

¹³³⁶ En tal sentido, *vid.* también STCE 151/2004, de 20 de septiembre.

¹³³⁷ Aclara que “[l]a posición contraria al escrito por parte del comité de empresa, en cuanto legítimo representante de aquéllos, o incluso la posición contraria de la totalidad de dichos trabajadores individualmente considerados, si así fuera el caso, podría ser valorada desde muchos puntos de vista, incluido el de la mayor o menor relevancia de las opiniones manifestadas o el de la consideración que hubieran de merecer por parte de los responsables a los que se dirigen, pero en nada afecta al lícito ejercicio individual del derecho a la libertad de expresión, si efectivamente éste ha sido ejercido dentro de sus límites constitucionalmente definidos”.

represalias del empleador¹³³⁸ con motivo de la participación de los trabajadores en marchas callejeras para denunciar incumplimientos de la legislación laboral por parte de los empleadores, las que fue difundidas por diversos medios de prensa. Las sentencias, citando a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹³³⁹, reconocen que “la protesta social es una de las formas colectivas más eficaces de expresión” y concluyen que “la garantía fundamental en análisis contempla en su ámbito de protección la participación de los trabajadores en actos sociales de carácter masivo”.

Cuando tratábamos el derecho al honor o la honra del trabajador, decíamos que un ataque al mismo se concretaría mediante la difusión de expresiones o la divulgación de hechos concernientes a una persona que afecten a su reputación y buen nombre, difamándola o haciéndola desmerecer en la consideración ajena. Se ha señalado que el empresario debe “soportar las manifestaciones desarrolladas por el trabajador en ejercicio de su libertad de expresión siempre que las mismas impliquen una sana crítica de su actuación”, y el criterio sería el de la “proscripción de la ofensa gratuita”¹³⁴⁰. En esa línea, la STCE 241/1999, de 20 de diciembre, expresaba que, “en los supuestos de frontera planteables entre el legítimo derecho a la crítica amparado por la libertad de expresión y la ilegítima utilización de términos tales que, al resultar insultantes o incluso injuriosos o calumniosos, excluyen las expresiones en que se contienen de la tutela constitucional”, el juicio de ponderación requiere la calificación de las opiniones vertidas. Así, por ejemplo, la STCE 6/2000, de 17 de enero, concluye que el trabajador con las expresiones utilizadas en el escrito examinado “se ha colocado fuera del ámbito de protección del derecho que el art. 20.1 a) CE le reconoce, por exteriorizar, como se

¹³³⁸ En el primer caso se trata de amenazas de de despido por parte de empleador y en el segundo los despidos se efectúan argumentando incumplimientos contractuales.

¹³³⁹ Citan el Informe Anual 2005 de Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, disponible [en línea] en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/indice2005.htm>

¹³⁴⁰ GOERLICH PESET: “Las libertades de expresión y de información...”, p.111. Este autor puntualiza que en la valoración intrínseca de las expresiones proferidas “habrá de hacerse en atención a criterios de normalidad social”, de modo que “lo que haya de entenderse por insulto dependerá, en buena medida, de los usos normales del lenguaje” (*Ibidem*). En este sentido, la SCA de La Serena, núm. rol 1930, de 23 de febrero de 2001, frente a un despido empresarial fundado en supuestas injurias del trabajador, ha afirmado que los hechos “no tienen intrínsecamente la gravedad suficiente para configurar la causal formal invocada, dado que en los ambientes laborales rústicos, como corresponde a aquel donde el trabajador prestaba sus servicios, las expresiones que se han señalado como proferidas por él no tienen el disvalor laboral que podría sustentarse en otro tipo de ambiente laboral”.

ha dicho, sentimientos despectivos e injuriosos respecto a su superior y, en todo caso, innecesarios y desconectados de la crítica a un asunto de interés público”¹³⁴¹.

Son precisamente esos los criterios que nos recuerda la antes citada STCE 56/2008, de 14 de abril, al descartar que el trabajador haya transgredido los límites del derecho a la libertad de expresión, “[a]un cuando en algunos momentos pueda estimarse que la denuncia reviste una particular dureza”, pues ella ha sido formulada “sin que el trabajador haya empleado al hacerlo expresiones insultantes, ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas y opiniones que expone y, por tanto, innecesarias a su propósito”. Así, en las relaciones laborales, incluso respecto del empleador podrían ser admisibles las expresiones que hieran, choquen o perturben, en la medida que no sean agraviantes o vejatorias¹³⁴².

Sobre el derecho a la crítica resulta particularmente ilustrativa la STCE 151/2004, de 20 de septiembre. Ella se refiere al caso de un periodista que trabaja para un periódico y, además, es profesor contratado a tiempo parcial en una universidad, de la que es despedido tras la publicación de un artículo en aquel medio, en el cual critica a las autoridades de esta, en el marco de un conflicto laboral que se vivía en la misma. Por una parte, al calificar las palabras utilizadas por el trabajador, señala que “no se trata de una expresión ofensiva, oprobiosa o impertinente para expresar la opinión que se transmite” y descarta que tal calificación dependa de los criterios empresariales¹³⁴³. Por otra parte, en relación a la idea de que con las críticas podrían afectar el prestigio profesional de quienes ostentan cargos directivos, aclara que “la protección del art. 18.1 CE sólo alcanzaría a aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha

¹³⁴¹ En similares términos se expresó la STCE 204/1997, de 25 noviembre.

¹³⁴² Hay autores que no comparten esta doctrina del TCE (y, debemos agregar, primeramente del TEDH), llegando a afirmar que “las palabras ya no son lo que significan en sí mismas, sino lo que los magistrados decidan en cada caso” (PACHECO ZERGA: *La dignidad humana...*, p.199).

¹³⁴³ Señala que “por mucho que la Universidad pueda estimarla irrespetuosa en atención a su particular concepción de lo que deba ser la conducta de los trabajadores; concepción que no responde, sin embargo, a un imperativo constitucional ni puede convertirse entonces en un límite al ejercicio del derecho fundamental consagrado en el art. 20.1 a) CE”.

cuestionado la valía profesional del ofendido”¹³⁴⁴. Añade que los destinatarios de las críticas “revestían una incuestionable notoriedad pública” y recuerda que “cuando se ejercita la libertad de expresión reconocida en el art. 20.1 a) CE, los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna, pues, en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública”¹³⁴⁵.

En otra faceta, a propósito de la crítica, la sentencia 151/2004 rechaza que “el derecho fundamental a la libertad de expresión pueda estar condicionado por un deber de imparcialidad”, de modo que el trabajador puede defender un interés específico en el marco de un conflicto, particularmente en un contexto con una alta litigiosidad. En ese sentido, afirma con claridad que “no cabe definir lo objetivamente ofensivo al margen por completo de las circunstancias y del contexto en el que se desarrolla la conducta expresiva”¹³⁴⁶. Se ha puesto de relieve que el hecho de que las expresiones sean emitidas por los trabajadores en el marco de un conflicto laboral “suele funcionar como criterio atenuante en su valoración”¹³⁴⁷, o dicho en otras palabras, “cuánta más tensión se aprecie, mayor ha de ser la tolerancia hacia ciertas expresiones o conductas que en otro contexto resultarían nítidamente injuriosas”¹³⁴⁸.

La conocida STEDH asunto Fuentes Bobo c. España, núm.39293/98, de 29 de febrero de 2000, se refiere al caso de un profesional que prestaba servicios para una red televisiva y que fue despedido por proferir en un programa de radio expresiones que su empleador consideró ofensivas y vejatorias. El TEDH pese a reconocer que los comentarios podían calificarse de groseros y descorteses (los tribunales españoles los habían descrito como ofensivos), considera que ha existido “*une sévérité extrême, alors*

¹³⁴⁴ Vid. al respecto, entre otras, SSTCE 180/1999, de 11 de octubre; 282/2000, de 27 de noviembre; y 14/2003, de 28 de enero.

¹³⁴⁵ Sobre la distinción entre “personaje público” y “personajes con notoriedad pública”, vid. SSTCE 134/1999, de 15 de julio y 20/2002, de 28 de enero.

¹³⁴⁶ Vid. STCE 106/1996, de 12 de junio y 6/2000, de 17 de enero.

¹³⁴⁷ GOERLICH PESET: “Las libertades de expresión y de información...”, p.113. Añade este autor que “[e]l hecho de que en estos casos exista una previa situación de crispación que impida la ponderación de las propias expresiones que habitualmente cabe realizar «en frío», no puede [...] dejar de ser tomado en consideración” (*Ibidem*).

¹³⁴⁸ RODRÍGUEZ CARDO: “Dignidad, honor e intimidad en el trabajo”, p.162. En similar sentido, vid. UGARTE CATALDO, José Luis: “Privacidad, trabajo y derechos fundamentales”, p.24.

que d'autres sanctions disciplinaires, moins lourdes et plus appropriées, auraient pu être envisagées". Para arribar a tales conclusiones, el Tribunal consideró un factor que ya hemos venido mencionando, el del contexto de conflicto en que se encontraban sumidas ambas partes. Además, se considera una imputabilidad disminuida¹³⁴⁹, al estimarse que tales palabras fueron inducidas por terceros, "*dans le cadre d'un échange rapide et spontané de commentaires entre le requérant et les journalistes*".

Por el contrario, en la STEDH asunto Diego Nafría c. España, núm. 46833/99, de 14 de marzo de 2002, el Tribunal Europeo desestima la demanda, argumentando que "*les termes litigieux n'ont pas été proférés dans le cadre d'un échange oral rapide et spontané, mais qu'il s'agissait d'assertions écrites, mûrement réfléchies, le requérant admettant qu'il avait pleinement conscience de la portée de leur contenu*". En este caso se trataba de una carta del trabajador a su superior en el Banco de España y de la que se distribuyen copias en la empresa, en la que critica duramente y formula acusaciones a varios directivos. El TEDH tiene en cuenta, también, la posición que ocupa el trabajador en su empresa, la que permitiría ser más exigente con su conducta, señalando que "[u]n tel comportement se prêtait d'autant plus à la censure qu'en sa qualité de haut fonctionnaire de la plus haute institution financière du pays, le requérant aurait dû faire preuve d'une plus grande retenue dans les termes utilisés"¹³⁵⁰. Por otra parte, la sentencia considera que las declaraciones estaban dentro del contexto particular de un conflicto entre el orden profesional, y "*ces accusations ne s'inséraient pas dans le cadre d'un quelconque débat public concernant des questions d'intérêt général relatives à la gestion de la banque nationale*"¹³⁵¹.

¹³⁴⁹ GOERLICH PESET: "Las libertades de expresión y de información...", p.113.

¹³⁵⁰ Se ha hecho notar que pese a que el TEDH lo califica de alto funcionario, "su relación con el banco era de carácter laboral, no funcional" (ÁLVAREZ ALONSO, Diego: "Libertad de expresión y despido disciplinario. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos "De Diego Nafría contra España", n° 46833/99, de 14 de marzo de 2002", en *Aranzadi Social*, núm. 3, 2002, España, s/p, versión electrónica).

¹³⁵¹ Sobre este último punto se ha hecho notar aquí la discrepancia con los criterios de la jurisprudencia española, toda vez que en esta se considera el interés general en relación con el ejercicio de la libertad de información, "pero no en el de la libertad de expresión, que ampara las expresión de opiniones, creencias y juicios de valor, en definitiva, la exteriorización del fuero interno" (ÁLVAREZ ALONSO, Diego: "Libertad de expresión y despido disciplinario...", s/p). Sin embargo, por una parte, debemos tener presente que la carta de este trabajador no solo contiene juicios de valor, sino que denuncia hechos y, por otra, si bien es cierto que el interés general podría llevar legitimar la difusión de información sobre hechos que de otro modo permanecerían en el dominio de lo privado, también dicho interés puede ser relevante en tanto tales hechos constituyan la base fáctica en que se fundan los juicios de valor.

En cambio, en la STEDH Palomo Sánchez y otros c. España, núms. 28955/2006, 28957/2006, 28959/2006 y 28964/2006, de 12 de septiembre de 2011, relativa a la utilización de caricaturas y expresiones ofensivas un boletín informativo mensual de una asociación sindical, el Tribunal entiende que “[e]l debate no era pues puramente privado; se trataba cuando menos de una cuestión de interés general para los trabajadores de la empresa”¹³⁵². No obstante, no justifica la utilización de caricaturas y expresiones ofensivas, “ni siquiera en el ámbito de la relación laboral”, señalando, como en el caso recién citado, que “estas últimas no constituían una reacción instantánea e irreflexiva en un intercambio verbal rápido y espontáneo, propio de los excesos verbales”¹³⁵³.

En materia de libertad de información, la STCE 213/2002, de 11 de noviembre, aborda el tema del deber de secreto respecto de determinados datos de empresa. El caso se refiere a la publicación de un artículo en un diario, en el cual se recogen declaraciones un trabajador sobre un informe relativo a las causas del aumento del absentismo en su empresa, discutiéndose el carácter interno o confidencial del mismo como la veracidad de la información proporcionada por el trabajador. En la sentencia se afirma que “la facultad empresarial de sujetar determinadas informaciones a la observancia por parte de sus destinatarios de una obligación de reserva o sigilo, destinada a salvaguardar los intereses empresariales que podrían resultar perjudicados por el conocimiento general de determinadas informaciones, no se configura ilimitadamente, sino con carácter restringido...”. Estos intereses pueden ser identificados por el legislador o bien por el propio empleador, pero en este último caso no basta con su calificación unilateral como reservada, sino que para el TCE es necesario también que esta información, como lo señaló la STS núm. 7288/1989, de 13 de diciembre de 1989, “desde un plano objetivo, efectivamente lo sea”.

¹³⁵² Vid. STEDH Fressoz y Roire c. Francia, núm. 29183/1995, de 21 de enero de 1999 (“... [l]a publication incriminée intervenait dans le cadre d'un conflit social, largement évoqué par la presse, au sein d'une des principales firmes automobiles françaises: les salariés revendiquaient des augmentations de salaires que la direction refusait”) y Boldea c. Rumania, núm. 19997/2002, de 15 de febrero de 2007 (“... force est de constater qu'un mécontentement général existait à l'égard des publications récentes réalisées dans le cadre du département et qu'une réunion avait été convoquée par le doyen de la faculté. Il s'agissait là incontestablement d'un sujet d'intérêt général pour le département, sur lequel ses membres avaient été invités à se prononcer”).

¹³⁵³ Similar criterio se había expresado en STEDH asunto Aguilera Jiménez y otros c. España, núms. 28389/2006, 28955/2006, 28957/2006, 28959/2006, 28961/2006 y 28964/2006, de 8 de diciembre de 2009, al señalar que “la Cour note que les termes litigieux n'ont pas été proférés dans le cadre d'un échange oral rapide et spontané, mais qu'il s'agissait d'assertions écrites, publiées et affichées publiquement au sein de la société”.

Se ha sostenido que el deber de secreto o sigilo grava a todos los trabajadores y no solo a los representantes de ellos¹³⁵⁴. Al respecto, se afirma que la jurisprudencia constitucional española “ha hecho girar el deber de sigilo alrededor de la evitación de los daños que la divulgación de la información pueda producir en los intereses legítimos de la empresa”, pero “la sola divulgación no puede considerarse dañosa”, sino que “será precisa la existencia de un interés serio que pueda ser dañado por acción de la divulgación informativa”¹³⁵⁵. En este sentido cabe recordar, al tenor de la STCE 227/2006, de 17 de julio, que si bien en la ponderación del ejercicio de libertad de opinión e información debe tomarse en consideración los límites genéricos a los mismos y, además, los límites adicionales derivados del vínculo contractual, tales límites, “en cualquier caso, no pueden implicar la imposición de deber genérico de lealtad o de sujeción del trabajador al interés empresarial, sino sólo la modulación que resulte estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin”.

El ámbito en que se produce la difusión de la información de la que debía guardarse sigilo también es relevante a la hora de calificar el ejercicio de este derecho por parte de los trabajadores. En ese sentido, la STCE 90/1999, de 26 de mayo, señala que “conviene matizar que este deber de reserva, exigible en términos de buena fe contractual, no llega a tanto como a imponer un completo secreto sobre los datos relativos al transporte de fondos”, haciendo notar que, en este caso, la información difundida “no trascendió el ámbito de la propia empresa, ni fue llevada a cabo con otra finalidad [...] que la «loable» de proteger a los trabajadores”. Evidentemente en casos como este, si la información se difundiera fuera de la empresa, tal conducta podría ser más dañosa para la empresa.

Se ha entendido que en aquellos casos en que exista un interés general en los hechos que se revelan, no resulta exigible al trabajador que previamente los denuncie al empleador o a la autoridad. Así lo expresó con claridad la STCE 6/1988, de 21 de enero,

¹³⁵⁴ Vid. GOERLICH PESET: “Las libertades de expresión y de información...”, p.114.

¹³⁵⁵ *Ibidem*, pp.114 y 117. Respecto de la revelación de información que puede provocar un daño importante a la empresa este autor destaca las relativas al secreto industrial, es decir, aquellas que se refieren a la organización del proceso productivo “cuya divulgación implica la inmediata pérdida de valor de los mismos o una distorsión de la posición competencial de la empresa”, citando al efecto una serie de sentencias de la justicia ordinaria española (*Ibidem*, p.118).

al afirmar que la libertad de información “no resulta debidamente amparada cuando, como aquí ocurrió, se condiciona su ejercicio a un inexcusable deber de «preaviso», cuyo sentido no podría ser otro que el de impedir toda difusión de la supuesta anomalía advertida hasta que fuese ésta reparada”^{1356 1357}.

Hemos señalado con anterioridad la relevancia para el ejercicio de la libertad de información de las nociones de veracidad e interés general, las que tratándose de dicho ejercicio por la persona del trabajador deben, evidentemente, también ser consideradas y, en efecto, los tribunales a la hora de calificar tal ejercicio, así lo hacen.

En la STCE 6/1988, de 21 de enero, referida al caso de un trabajador que fue despedido por su empleador por revelar a una agencia informativa hechos que según él estaban ocurriendo en el organismo donde prestaba servicios laborales, el Tribunal Constitucional recuerda que “[c]uando la Constitución requiere que la información sea «veraz» no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas -o sencillamente no probadas en juicio- cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos” y eso es lo que se le puede exigir al trabajador. Aclara más adelante el fallo que el ordenamiento no tutela una conducta negligente, “ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas”, aunque insiste en que “si ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible”¹³⁵⁸.

¹³⁵⁶ En igual sentido la STCE 143/1991, de 1 de julio. En el caso de la STCE 57/1999, 12 de abril (que se pronuncia en el marco de un caso en el cual un trabajador aéreo, luego de un accidente en un aeropuerto con resultados fatales, denuncia, en una entrevista a un periódico, irregularidades en la mantención de las aeronaves, sin haber comunicado esto previamente a su empleador) existe un voto particular que sostiene que el trabajador estaba obligado a poner en conocimiento de su empleador cuantas incidencias, constituyan o no irregularidades, que lleguen a su conocimiento.

¹³⁵⁷ Se ha señalado que esta doctrina constitucional “supondría la trasposición al derecho español de una figura de procedencia norteamericana: el «whistleblower» o denunciante”, ordenamiento que “regula el derecho de los trabajadores públicos a la denuncia («whistleblowing») de actuaciones irregulares, fraudulentas, abusivas o en las que hay un despilfarro de los fondos económicos públicos, protegiéndose a los empleados que denuncian tales hechos frente a las represalias que pudieran sufrir” (GORELLI HERNÁNDEZ e IGARTUA MIRÓ: “Libertad de información y contrato de trabajo...”, s/p).

¹³⁵⁸ Insiste luego en precisar que “el derecho a la información, “aunque no deja de amparar las afirmaciones controvertibles, si requiere de quien las transmita una específica diligencia, ya que el derecho constitucional no ampara no ya sólo la «información» que se sabe inexacta por quien la transmite, sino la que, difundida sin contraste alguno con datos objetivos y carente de toda apoyatura fáctica”. Vid. SSTCE 143/1991, de 1 de julio y 4/1996, de 19 de febrero.

Respecto del interés público o interés general en el ámbito de ejercicio del derecho de libertad de información de los trabajadores, se ha entendido que esta noción no exige que el asunto en cuestión sea objeto de un amplio debate o que deba ser relevante para toda la sociedad o parte importante de ella, sino que bastaría con que este tuviera un interés laboral, incluso solo referido a los trabajadores de la empresa¹³⁵⁹. Podemos recordar que la citada STEDH Palomo Sánchez y otros c. España, utiliza el concepto de “interés general para los trabajadores de la empresa”. En el mismo caso de la STC 90/1999, antes citada, aunque no se señala con claridad que la difusión de la información se hizo en función del interés de los trabajadores de la empresa, se consigna que “el problema de la posible inseguridad en la recogida y transporte de fondos había sido objeto de debate en el seno del citado Comité, y en las relaciones de éste con la empleador”, evidenciando la existencia de dicho interés. La STCE 4/1996, de 19 de febrero, señala que la eliminación de las horas extraordinarias para mitigar el paro, tema planteado por los trabajadores, desbordaba ampliamente la situación o actuación de la empresa que impuso la sanción y revestía un indudable interés general.

3.4.3. Síntesis sobre el derecho a la libertad de expresión de la persona del trabajador

Considerando la normativa, jurisprudencia y doctrina científica revisada, presentamos a continuación las líneas orientadoras esenciales que han de tenerse presentes en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión por la persona del trabajador:

- a) El derecho a la libertad de expresión, pilar fundamental de las sociedades democráticas, comprende un haz de derechos entre los que destacan la libertad de opinión y la libertad de información. Este derecho ampara la libre manifestación de pensamientos, creencias, ideas, opiniones y juicios de valor y la libre comunicación de hechos, datos y noticias, sea como emisor o como receptor de las mismas.
- b) A la hora de calificar los supuestos de cada caso habrá que atender a la

¹³⁵⁹ Vid. GOERLICH PESET: “Las libertades de expresión y de información...”, p.120.

naturaleza de lo expresado, distinguiendo cuidadosamente entre los hechos y los juicios de valor, pues de ello se desprenderán distintas consecuencias jurídicas. Respecto de los primeros pueden ser probada su veracidad, mientras que los segundos no son susceptibles de prueba. Por tanto, en el ejercicio de la libertad de información, en tanto se refiera a hechos, siempre existirá la posibilidad de la prueba, mientras que en el ejercicio de la libertad de opinión (o libertad de expresión en sentido estricto), en principio no cabe la prueba, salvo respecto de los hechos en que se funda el juicio de valor.

- c) La libertad de expresión no se limita al contenido del mensaje, sino que comprende la elección del modo o medio por el que se comunica.
- d) Los emisores o sujetos activos de los derechos de palabra son todas las personas, sin perjuicio de que haya quienes que por su actividad u oficio lo ejerzan más habitualmente o que a quienes ejercen roles de representación política o social se les confiera una especial protección.
- e) La libertad de expresión es un derecho que puede entrar en conflicto con otros derechos fundamentales o con bienes constitucionalmente protegidos, y, por su carácter de fundamento de la sociedad democrática, goza de una posición preferente respecto de los demás derechos. Esto que no equivale a que sea un derecho absoluto que goce de incondicional primacía, ni que tenga una posición jerárquicamente superior a los demás derechos. Su posición exige necesariamente justificar la proporcionalidad y finalidad legítima de los límites al mismo, excepciones que deben ser interpretadas de manera estricta.
- f) La libertad de expresión no solo ampara las ideas favorables, inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que puedan herir, chocar o perturbar. Con todo, ello no puede entenderse en el sentido que en su ejercicio puedan afectarse seriamente otros derechos fundamentales, de modo que quedan fuera de su ámbito de protección las expresiones ultrajantes u ofensivas.
- g) En el ejercicio legítimo de la libertad de expresión no cabe desvelar de forma

innecesaria aspectos de la vida privada de las personas que sean irrelevantes, por carecer de interés público.

- h) El derecho de la libertad de expresión y sus principales manifestaciones, la libertad de opinión y libertad de información, tienen una eficacia horizontal, alcanzando también a la empresa, garantizando relaciones laborales acordes a los valores de las sociedades democráticas.
- i) Las colisiones entre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de la persona del trabajador y la empresa deben ser entendidos como conflictos iusfundamentales, en la medida que la posición empresarial se sustente en un derecho de este tipo, como puede ser la libertad de empresa o el honor. Ello supone superar una visión excesivamente contractualista fundada en la buena fe, para pasar a considerar los intereses empresariales desde lo garantizado constitucionalmente.
- j) La libertad de expresión es un derecho no solo relevante desde la perspectiva del trabajador individualmente considerado, sino también para la dimensión colectiva de las relaciones laborales, resultando indispensable para la realización de la libertad sindical. Aunque con elementos comunes, la libertad de expresión de los representantes de los trabajadores ha tenido un desarrollo normativo y jurisprudencial paralelo al derecho de la persona del trabajador.
- k) La libertad de expresión del trabajador puede ejercerse por éste tanto mediante manifestaciones formuladas *ad intra* de la empresa o *ad extra* de la misma, pudiendo estas últimas estar destinadas a la opinión pública en general. Inclusive se ha reconocido a la protesta social como una forma de expresión de los trabajadores. Con todo, a la hora del conflicto con derechos empresariales tutelados constitucionalmente se han identificado ciertos límites, los que habrán de ser ponderados caso a caso.
- l) Uno de los límites que se ha considerado es el del daño desproporcionado a la empresa. En los casos que hemos presentado es posible advertir que se ha

estimado que mientras más estrecho sea el círculo de divulgación de las opiniones o informaciones existirá un menor potencial lesivo de la conducta comunicativa.

- m) El planteamiento de cuestiones relativas a las relaciones laborales en la empresa, realizadas en un lenguaje no ofensivo ni vejatorio, constituye un ejercicio legítimo de la libertad de expresión, aunque ello signifique evidenciar o establecer un conflicto. No se requiere para tal ejercicio que los planteamientos representen a una mayoría o cuenten con el respaldo de los órganos de representación de los trabajadores. Tampoco este ejercicio se encuentra condicionado por un deber de imparcialidad.
- n) Si bien el empleador debe soportar las expresiones de los trabajadores que impliquen una sana crítica, queda, en principio, excluida de la tutela del derecho a la libertad de expresión la utilización de términos insultantes, ultrajantes, injuriosos o calumniosos. Con todo, la calificación de lo que se considera impertinente no queda entregada exclusivamente a los criterios empresariales.
- o) Tanto la posición que ocupa el trabajador que ejerce su libertad de expresión como la de quien resulta aludido por tal manifestación es relevante a la hora de ponderar el caso. Así, a un trabajador que ocupe un cargo de mayor responsabilidad se exigiría mayor cuidado en los términos utilizados. A su vez, los límites de la crítica son más amplios respecto de quienes tienen, en razón de su actividad, una mayor notoriedad pública.
- p) El contexto en que se realiza la conducta expresiva debe ser considerado. En esta línea, se ha estimado como criterio atenuante de las expresiones el hecho de que estas sean emitidas en el marco de un conflicto laboral, sea este individual o colectivo.
- q) Los tribunales, a la hora de calificar expresiones que pudieran ser ofensivas y evaluar las sanciones a que ellas han podido dar lugar, otorgan un tratamiento más benigno a aquellas que han sido expresadas verbalmente y

de manera improvisada que las que han sido formuladas por escrito, respecto de las cuales se ha tenido la posibilidad de mayor reflexión antes de manifestarlas.

- r) Existe una obligación de reserva o sigilo para los trabajadores en orden a evitar los daños que la divulgación de información de la empresa pudiera producir en sus intereses legítimos. Aquellos intereses que deben ser salvaguardados por la reserva pueden ser identificados por el legislador o por el empleador, pero tal calificación ha de responder a consideraciones objetivas. No puede considerarse dañosa la sola divulgación si no se verifica el perjuicio.
- s) No es admisible condicionar la legitimidad del ejercicio de la libertad de información por parte del trabajador respecto de hechos de interés general a la exigencia de un aviso previo a su empleador o a las autoridades.
- t) La exigencia de veracidad de la información revelada por el trabajador exige cierta diligencia del informador, que la información haya sido rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible.
- u) El interés público o interés general en el ámbito de ejercicio del derecho de libertad de información de los trabajadores no exige que el asunto en cuestión sea objeto de un amplio debate o que deba ser relevante para toda la sociedad o parte importante de ella, sino que bastaría con que éste tuviera un interés laboral, incluso solo referido a los trabajadores de la empresa.

CONSIDERACIONES FINALES

Uno de los grandes procesos en la evolución que han seguido los derechos fundamentales es el de la internacionalización. Éste se ha expresado en la consagración en diversos instrumentos, universales y regionales, tanto de carácter general como específicamente laborales, de una serie de derechos a los que se les puede atribuir la propiedad de ser fundamentales, en virtud de su forma universal de imputación e indisponibilidad. Los derechos positivados internacionalmente, fruto de un amplio consenso de la comunidad internacional, se constituyen en valores o principios básicos compartidos para el desarrollo de las sociedades y, por tanto, tienen un carácter paradigmático en la configuración de los ordenamientos jurídicos de los diversos Estados.

Si bien los derechos consagrados internacionalmente hasta ahora no cuentan en ese orden con niveles de tutela o garantía equivalentes a los que en el orden interno tienen los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, es posible identificar mecanismos tutelares de control e incluso algunos de naturaleza jurisdiccional. Así, en el marco de los Pactos de Derechos de 1966, encontramos sistemas de control mediante el mecanismo de informes, común a ambos pactos, y, sólo en el caso del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, por la vía de reclamación. En el caso de la Organización Internacional del Trabajo nos encontramos con los mecanismos de control regular, mediante el sistema de envío y examen de memorias de los Estados, y los procedimientos especiales, entre los que destaca la queja ante el Comité de Libertad Sindical. A nivel regional cabe subrayar que han sido desarrolladas garantías que consideran una verdadera jurisdicción internacional, como son las del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y las de la Convención Americana de Derechos Humanos. En estos resulta de la mayor importancia el reconocimiento del derecho a petición individual en el marco de una jurisdicción internacional, a través de cuyo ejercicio se concreta el reconocimiento efectivo de los derechos humanos no sólo en el Estado, sino que incluso contra el Estado.

Nos habíamos preguntado si era adecuado utilizar la expresión derechos fundamentales para referirse a los derechos humanos positivados internacionalmente. Como lo señalamos en su momento, buena parte de la doctrina prefiere reservar el primer término para los derechos consagrados constitucionalmente y la expresión derechos humanos para los reconocidos en las declaraciones y convenciones internacionales, aunque muchas veces al referirse a ellos se utiliza indistintamente una u otra expresión. Tanto los derechos humanos consagrados internacionalmente como los derechos fundamentales reconocidos internamente incorporan valores o bienes jurídicos similares, que han sido identificados en un tiempo y por una sociedad (global la primera y particular la segunda) como base de la convivencia social y suponen la atribución o imputación universal de tales derechos.

Cabe subrayar que el proceso de internacionalización ha supuesto una relación entre la normativa nacional y la internacional de mutuo enriquecimiento. Así como los instrumentos internacionales de derechos humanos se elaboran teniendo a la vista las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales, serán también muchas las constituciones que desarrollarán sus catálogos de derechos considerando los que han sido consagrados en los instrumentos internacionales.

Sin embargo, la relación en materia de derechos entre el orden internacional y el orden interno no se limitará a la sola influencia recíproca en la formulación de los catálogos de derechos. Es necesario considerar que, ratificados los instrumentos internacionales y vigentes para los Estados, les imponen obligaciones de carácter internacional. Además, debemos consignar que, si bien en algunos países será necesaria la transformación o transposición en leyes internas para que tengan eficacia en el orden interno, hay otros, como es el caso de Chile y el de España, en los cuales al entrar en vigor los instrumentos internacionales pasarán a formar parte de tal ordenamiento.

Es necesario recalcar que cuando los tratados internacionales se incorporan a los ordenamientos, dada su resistencia a la derogación, en conformidad a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, se transforman en límites externos a los poderes públicos, en especial para los legisladores y los jueces. Este carácter de las normas internacionales incorporadas al orden interno de ser supraordenadas a los poderes

públicos, tratándose de instrumentos sobre derechos humanos, dota a estos últimos de una de las características propias de los derechos fundamentales.

Cuando los instrumentos internacionales se incorporan al orden interno, en la medida que sus disposiciones sean de aplicación directa, los derechos en ellos consagrados pueden ser invocados entre particulares y, específicamente, entre trabajadores y empleadores. Además, en la interacción protectora de la persona del derecho internacional y el derecho interno, el primero no sólo ha de tener el rol, por cierto valioso, de precepto directamente aplicable a los casos concretos, sino que, al mismo tiempo, puede ofrecer importantes elementos en la interpretación del contenido de los derechos.

El *status o locus* que ocupen las normas internacionales de derechos humanos en el orden interno, como hemos señalado, será definido en cada Estado por su Constitución. En la medida que se defina con claridad la jerarquía de los mencionados instrumentos y su relación con las restantes fuentes, los conflictos se verán minimizados. Sin embargo, la referida definición, como hemos constatado en los casos de Chile y España, no siempre tiene la claridad necesaria, lo que abre un espacio de debate no sólo en la doctrina de los autores, sino en el accionar de los legisladores y de los tribunales. Cuando por propia disposición constitucional se establece que los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales comparten el rango constitucional con los derechos fundamentales consagrados expresamente en los catálogos constitucionales, lo que se hace es afirmar la igual fundamentalidad de unos y otros. Es decir, el catálogo de derechos fundamentales se ve ampliado por aquellos consagrados en normas internacionales vigentes internamente. En la medida que a las normas internacionales de derechos humanos vigentes en el orden interno se les impute un carácter infraconstitucional, a nuestro juicio y por las razones expresadas a lo largo de este trabajo, tendrán una aplicabilidad preferente respecto de la ley. Si se refieren a derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, han de constituir un refuerzo de tales derechos y un parámetro de interpretación de los mismos. Si se refieren a derechos que no han sido reconocidos por la Constitución, pensamos que igualmente pueden ser catalogados como derechos fundamentales, pues, aunque no han sido consagrados constitucionalmente, corresponderán a derechos de imputación universal, indisponibles y contenidos en normas supraordenadas a los poderes públicos, incluido el

legislador ordinario. Con todo, al no ser consagrados constitucionalmente se hace complejo sostener que pudieran ser autónomamente canon de constitucionalidad. Al menos en ese sentido se han pronunciado los Tribunales Constitucionales de Chile y España, negando tal posibilidad. No obstante, hay quienes sostienen en la doctrina que, en el caso de Chile, podrían indirectamente constituirse en canon de constitucionalidad, por la vía de afirmar que el legislador no ha cumplido con el deber de los órganos del Estado de “respetar y promover tales derechos [los esenciales], garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”, aunque dicha hipótesis ha sido también descartada hasta ahora por el Tribunal Constitucional.

Afirmar la fundamentalidad de los derechos consagrados en instrumentos internacionales vigentes en el orden interno nos pone frente a un problema complejo: la colisión entre derechos fundamentales consagrados en normas de rango constitucional y de rango infraconstitucional. Como hemos señalado, afirmar la viabilidad de resolver esta colisión mediante la ponderación supone afirmar que la jerarquía normativa cede ante los derechos fundamentales, cualquiera que sea el rango de las normas que los consagren. Mientras que rechazar la viabilidad de tal ponderación, supondrá que la solución sea a través de la jerarquización y no de la ponderación y ello equivaldría afirmar la existencia de derechos fundamentales de primera y de segunda categoría.

Tratándose de derechos consagrados tanto en la Constitución como en normas internacionales con vigencia interna, si existen diferencias en la regulación de su extensión y límites, debemos sostener, por las razones especificadas a lo largo de este trabajo, que ambos ordenamientos han de interactuar en beneficio de los protegidos y, por tanto, habrá de aplicarse el principio *pro homine*, prefiriendo la interpretación que optimice la protección de los derechos.

El reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales en la relaciones entre particulares y, en especial, en el ámbito de las relaciones de trabajo, permite afirmar que los trabajadores, en tanto titulares de estos derechos, pueden reclamar su respeto ya no sólo al Estado, sino también a sus empleadores. Aquellos derechos se constituyen en un límite para el ejercicio de las facultades empresariales y, en la medida que comprendamos que estas últimas corresponden también al ejercicio de un derecho

fundamental, la colisión entre ellos implicará un conflicto iusfundamental. En el entendido que los derechos no son absolutos y pueden limitarse o restringirse frente a derechos, bienes y valores de rango equivalente, será relevante identificar y delimitar cada uno de estos derechos, junto con determinar las limitaciones de las que pueden ser objeto. En tal empeño, habrá de atenderse no solo a los ordenamientos internos, sino también considerar seriamente la normativa internacional y los criterios jurisprudenciales y de los órganos de control internacionales sobre tales derechos. Los tribunales nacionales están considerando, con distinta profundidad e intensidad, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las normas de la Organización Internacional de Trabajo, sea aplicándolas directamente o por la vía interpretativa, en la resolución de conflictos en el ámbito del trabajo. De acuerdo a lo expuesto a lo largo de este trabajo, es posible proyectar una tendencia creciente a este recurso en el tiempo que vendrá.

Hemos analizado en particular algunos derechos fundamentales de la persona del trabajador. En concreto, el derecho a la no discriminación, especialmente por razón de sexo; la libertad ideológica, con un énfasis la libertad religiosa; el derecho a la vida privada, intimidad o privacidad, junto a los derechos al secreto o inviolabilidad de las comunicaciones, a la autodeterminación informativa, a la propia imagen y al honor, y el derecho a la libertad de expresión, considerando la libertad de opinión y la libertad de información. Respecto de cada uno de ellos hemos podido extraer, a partir de la normativa que los reconoce y garantiza en los instrumentos internacionales y en los ordenamientos constitucionales de Chile y España y de los lineamientos jurisprudenciales de los tribunales internacionales, de los órganos de control y, en su caso, de los tribunales nacionales, importantes criterios para su delimitación y para la admisión o rechazo de límites a su ejercicio por el trabajador en el marco de las relaciones laborales. Las colisiones entre este ejercicio y los poderes empresariales han de ser abordados como conflictos iusfundamentales, en la medida que la posición empresarial se sustente en un derecho constitucionalmente amparado. En tales hipótesis, corresponderá, en cada caso, resolver el conflicto a través del juicio de proporcionalidad, determinando la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida empresarial por la que se pretende la restricción del derecho fundamental del trabajador.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH Y COURTIS: *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el estado social constitucional*, Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2006, 216 pp.

ALARCÓN CASTELLANOS, María del Mar: “La resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante el período de prueba: desistimiento o despido nulo”, en *Aranzadi Social*, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2005, par. 31, pp.2633-2639.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo: “Titularidad y sujetos pasivos de los derechos fundamentales”, en *Estudios Constitucionales*, año 1 N° 1, Universidad de Talca, Santiago, Chile, 2003, pp.187-201.

_____ *Derechos fundamentales*, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2008, 439 pp.

ALEXY, Robert: “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril 2011, pp.11-29.

_____ *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de BERNAL PULIDO, Carlos, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2ª Edición, Madrid, 2007, 601 pp.

ALONSO BRAVO, Milagros: “La tutela del derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de sus circunstancias familiares. Un mecanismo coherente para fomentar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de responsabilidades familiares”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28, Iustel, Madrid, 2012, pp.140-163.

ALONSO OLEA, Manuel *Introducción al Derecho del Trabajo*, 4ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1981, pp.21-22.

ÁLVAREZ ALONSO, Diego y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio: “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria”, en *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm.132, 2006, pp.997-1044.

ÁLVAREZ ALONSO, Diego: “Libertad de expresión y despido disciplinario. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “De Diego Nafría contra España”, nº 46833/99, de 14 de marzo de 2002”, en *Aranzadi Social*, núm. 3, 2002, España, pp.35-40.

ARLETTAZ, Fernando: “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad religiosa: un análisis jurídico-político”, en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 16, núm. 27, 2012, pp.209-240.

_____ “La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en la *Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 1, año 1, 2011, Mendoza-Argentina, p.39-58.

ARREDONDO PACHECO, Jorge: “Ideas a tener en consideración ante la irrupción de un nuevo mecanismo de control empresarial: el GPS”, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 2, núm. 4, 2011, pp.77-107.

ATAL, Juan Pablo, ÑOPO, Hugo y WINDER, Natalia: *New Century, Old Disparities Gender and Ethnic Wage Gaps in Latin America*, Inter-American Development Bank, 2009, disponible [en línea] en <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=2208929>.

BADILLA POBLETE, Elvira: “El concepto de libertad religiosa en algunos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que vinculan jurídicamente al Estado de Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 35, núm. 2, agosto 2008, pp.341-364.

BALLESTER PASTOR, María Amparo y BALLESTER CARDEL, María: “Significado general y conceptual de la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en

SALA FRANCO, Tomás ET AL (Coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, La Ley, Las Rozas, Madrid, 2008, pp.33-111.

BALLESTER PASTOR, María Amparo: “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm.92, Madrid, 2011, pp.207-255.

_____ *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo Blanch, Institut Valencià de la Dona, Valencia, 1994, 279 pp.

BARRERO ORTEGA, Abraham: “La transformación de la Constitución española a la luz del derecho constitucional europeo” en *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 10, julio-diciembre de 2008, Universidad de Granada, pp.365-384.

BAZ RODRÍGUEZ, Jesús: “Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, junio 2014, pp.364-367.

BENELBAZ, Clément: *Le principe de laïcité en droit public français*, L'Harmattan, Paris, 2011, 594 pp.

BERNAL PULIDO, Carlos: “Estudio Introductorio” en ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2ª Edición, Madrid, 2007, pp.I-LXXX.

_____ “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel (ed.): *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007, pp.317 y ss.

_____ *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2003, 871 pp.

BILBAO UBILLOS, Juan María: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales-BOE, Madrid, 1997, 852 pp.

BOBBIO, Norberto: *El tiempo de los derechos*, traducción de DE ASÍS ROIG, Rafael, Editorial Sistema, Madrid, 1991, 257 pp.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales” en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pp.44-71.

_____ *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, 208 pp.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés: “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N° 2, 2011, pp.311-337.

BRONSTEIN, Arturo: *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo. Desafíos actuales*, Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2010, 334 pp.

BUSTOS GISBERT, Rafael: “El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión”, en *Revista de estudios políticos*, núm. 85, 1994, pp.261-290.

CAAMAÑO ROJO Eduardo: “La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XIV, julio 2003, pp.25-41.

CAMAS RODA, Ferrán: “La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral”, en ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón y ESTEBAN LEGARRETA Ricardo (Coord.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Alicante, 2004, pp.161-186.

CANALES Patricia y LOISEAU, Virginie: *Igualdad de trato en el ámbito laboral en los tratados internacionales y en la legislación de España y Francia*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile - Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Serie Estudios, Año XV, N° 317, Santiago (Chile), 2005, 60 pp.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto: *El Derecho internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, Santiago, 2006, 579 pp.

CANESSA MONTEJO, Miguel Francisco: *La Protección internacional de los derechos humanos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 574 pp.

CARBONELL, Miguel: *En los orígenes del Estado Constitucional: la Declaración Francesa de 1789*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Editorial Iustitia S.A.C., Lima, 2012, 206 pp.

CARDONA RUBERT, María Belén: “Redes sociales en el contrato de trabajo”, en RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Coord.): *Derecho y redes sociales*, Civitas – Thomsom Reuters, 2010, pp. 163-176.

_____ “Reinterpretación de los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones en el modelo constitucional de relaciones laborales: un paso atrás. Comentario a la STC 241/2012, de 17 de septiembre”, en *Revista de derecho social*, N° 60, 2012, pp.169-180.

CARMONA CUENCA, Encarnación: “La prohibición de discriminación (art. 14 CEDH y protocolo 12)” en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y GARCÍA ROCA, Francisco Javier (Coord.): *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2005, pp.665-696.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 5, núm. 9, 2001), pp.7-26.

CASAS BAAMONDE, María Emilia: “Derecho del Trabajo y Empleo”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Año 28, N° 4, 2012, pp.1-11.

_____ “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe” en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Año 20, N° 12, 2004, pp.1-13.

_____ “Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 11, 2004, pp.5-16.

CASTRO CASTRO, José Francisco: “Discriminación en las relaciones laborales. Algunos casos particulares”, en *Boletín Dirección del Trabajo*, N° 146, marzo de 2001, pp.7-19.

_____ “El derecho fundamental a la intimidad del trabajador y el uso del correo electrónico en la empresa”, en *Estudios laborales*, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, núm. 8, 2013, pp.85-106.

CASTRO JOVER, Adoración: “La tutela de la libertad religiosa en la Unión Europea y su incidencia en el ordenamiento interno español”, BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, CELADOR ANGÓN, Oscar y VACAS FERNÁNDEZ, Félix (Coord.): *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho*, 2011, pp.95-120.

CEA EGAÑA, José Luis: “Los derechos a la intimidad y a la honra en Chile”, en *Ius et Praxis*, vol. 6, núm. 2, Talca, 2000, pp.153-169.

_____ “Los tratados de derechos humanos y la Constitución Política de la República” en *Ius et Praxis*, Año 2, Número 2, 1997, Universidad de Talca, Talca, Chile, pp.81-92.

_____ *Derecho Constitucional Chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004, Tomo II, 733 pp.

CEPAL, NACIONES UNIDAS: *Panorama Social 2006*, Santiago (Chile), 2007, disponible [en línea] en http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/0/27480/PSE_2006.pdf.

CHELINI-PONT, Blandine: “Laïcités française et américaine en miroir”, en *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, CRDF, 4, 2005, pp.107-118, disponible [en línea] en <http://www.unicaen.fr/puc/spip.php?article868>.

COELLO DE PORTUGAL, José María: “La libertad religiosa de los antiguos y la libertad religiosa de los modernos”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 7, 2010, pp.169-197.

COMANDUCCI, Paolo: “Modelos e interpretación de la Constitución”, en, Miguel (ed.): *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007, pp.41-67.

COMISIÓN EUROPEA: *Informe sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE 2010*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011, 83 pp.

CORREA SUTIL, Sofía y RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo: *Ciudadanos en Democracia: fundamentos del sistema político chileno*, Random House Mondadori, Santiago de Chile, 2010, 342 pp.

CRUZ VILLALÓN, Pedro y PARDO FALCÓN, Javier “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N°. 97, 2000, pp.65-154.

CRUZ VILLALÓN, Pedro: “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas”, en *Revista española de derecho constitucional*, Año 12, Núm. 35, 1992, pp.63-84.

“Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, Núm. 25, 1989, pp.35-62.

DÄUBLER, Wolfgang: “El futuro del Derecho del trabajo: consideraciones desde una perspectiva alemana”, en CASAS BAAMONDE, María Emilia; CRUZ VILLALÓN, Jesús y

DURÁN LÓPEZ, Federico (Coord.): *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, 2006, pp.57-77.

DEL PICÓ RUBIO, Jorge “Relaciones Estado-religión en Chile en el período 2000-2010. Avances y desafíos en el asentamiento de la libertad religiosa”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, IUSTEL, núm. 27, 2011, pp.1-23.

DEL REY GUANTER, Salvador (Director) *ET AL: Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia*, -2ª Edición-, Madrid, Editorial La Ley, 2007, 1702 pp.

DEL REY GUANTER, Salvador: “Los límites del control por el empresario en el centro de trabajo mediante mecanismos auditivos”, en Manuel Alonso Olea, Alfredo Montoya Melgar: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social: elenco y estudio de las sentencias del Tribunal Constitucional*, T. XVIII: 2000, Civitas, Madrid, 2001, pp.192-199.

_____ “Notas sobre los derechos fundamentales inespecíficos y el contrato de trabajo en la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista andaluza de relaciones laborales*, Nº 4, 1998, pp.9-24.

_____ “Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la «intimidad informática» del trabajador”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 1993, pp.135-160.

_____ *Libertad de expresión e información y contrato de trabajo: un análisis jurisprudencial*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1994, 144 pp.

DEL VALLE Y VILLAR, José Manuel “El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo en el ordenamiento laboral español”, en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (Ed.): *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, pp.157-190.

DESDENTADO BONETE, Aurelio: “Contrato de trabajo y nuevas tecnologías: una nota sobre algunas cuestiones de actualidad, prueba electrónica, garantías de la intimidad y uso sindical del correo electrónico”, en *Revista Poder Judicial*, Nº 88, 2009, pp.241-265.

_____ “La prueba electrónica en el proceso laboral. Notas para una intervención”, texto mecanografiado presentado en la *Jornadas sobre Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales*, celebradas en la Cámara de Comercio de Málaga en abril de 2008, citado por GOÑI SEIN: “Controles empresariales: geolocalización...”.

DÍAZ CREGO, María: “Los derechos fundamentales en la Unión Europea: de la Carta a la Constitución”, en *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 25, Nº 74, 2005, pp.139-176.

_____ *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Editorial Reus S.A., Madrid, 2009, 336 pp.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: “Glosas a la nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, núm. 5, 2001, pp.21-28.

_____ *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas Ediciones, Madrid 2003, 510 pp.

DURÁN LÓPEZ, Federico: “Artículo 18. Inviolabilidad de la persona del trabajador”, en BORRAJO DACRUZ, Efrén: *Comentarios a las Leyes Laborales. Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid, 1983, Tomo IV, pp.531-554.

ERMIDA URIARTE, Oscar: “Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 26, Iustel, Madrid, 2011, pp.1-18.

_____ *Derechos laborales y comercio internacional*, ponencia presentada al V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la

Seguridad Social, Lima 2001, disponible [en línea] en http://www.rau.edu.uy/universidad/inst_derecho_del_trabajo/derlabermida.htm [citada en mayo de 2010].

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda: “La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo”, en CASAS BAAMONDE María Emilia, CRUZ VILLALÓN, Jesús y DURÁN LÓPEZ Federico: *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley-Actualidad, 2006, pp.615-671

FERNÁNDEZ, Alfred: “Dignidad humana y diálogo intercultural. Posibilidades y condiciones del diálogo entre religiones y convicciones (Weltanschauungen)”, en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, vol. 12, 2011, pp.43-64.

FERRAJOLI, Luigi: “Derechos fundamentales”, en FERRAJOLI et AL: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, 2ª Edición, Madrid, 2005, pp.19-56.

_____ “Los fundamentos de los derechos fundamentales” en FERRAJOLI et AL: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, 2ª Edición, Madrid, 2005, pp.287-381.

_____ “Sobre los derechos fundamentales”, en CARBONELL, Miguel (ed.): *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007, pp.71-89.

_____ *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, traducción de GREPPI, Andrea, Trotta, Madrid, 2006, 132 pp.

FIORAVANTI, Maurizio: *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Quinta edición, 2007, Madrid, 168 pp.

FIX-ZAMUDIO, Héctor: “La libertad religiosa en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en VV.AA: *La libertad religiosa, Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1996, pp.499-510.

FREIXES SANJUÁN, Teresa: “Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N°. 4, 2005, pp.43-86.

_____ “Protección europea de la libertad de expresión y su integración en la jurisprudencia constitucional”, en *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio*, Vol. 1, 1992, pp.931-964.

FUENTES OLMOS, Jessica: “La defensa de las partes en el procedimiento de tutela laboral fundado en el derecho a la honra del trabajador”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIX, Valparaíso, Chile, 2012, 2do Semestre, pp.141-160.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio: “El principio de no discriminación por razones de sexo en materia laboral”, en *Cuadernos Jurídicos de la U. Adolfo Ibáñez*, N° 18, 2003, pp.83-105, disponible [en línea] en <http://laboralchile.blogspot.com/2005/09/discriminacin-laboral.html>, s/p.

_____ *El procedimiento de tutela de los derechos laborales*, Segunda Edición, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008, 82 pp.

_____ *Trabajo y Derecho*, AbeledoPerrot – LegalPublshing, Santiago de Chile, 2010, 234 pp.

GARCÍA AÑÓN, José y BORGES BLÁZQUEZ, Lola: “Artículo 10. La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, en MONEREO ATIENZA, Cristina y MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir. y Coord.): *La Europa de los Derechos, Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Editorial Comares, Granada, 2012, pp.205-224.

GARCÍA MURCIA, Joaquín: “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en CASAS BAAMONDE, María Emilia; CRUZ VILLALÓN, Jesús y DURÁN LÓPEZ, Federico (Coord.): *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución*

española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, 2006, pp.383-410.

_____ “Jurisprudencia comunitaria y ordenamiento laboral español. Comentario a seis ejemplos y algunas reflexiones”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N°. 8, 2005, RI §403839, pp.1-17.

GARCÍA PERROTE, Ignacio: “Acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso en la Ley de Igualdad de mujeres y hombres”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 4/2008, pp.17-43.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana: “Igualdad, discriminación y diferencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, ISSN 1133-0937, Año nº 6, núm.10, 2001, disponible también [en línea] en <http://hdl.handle.net/10016/1408>, pp.53-104.

GAZMURI RIVEROS, Consuelo: *Los derechos fundamentales en la empresa; algunas perspectivas de género*, Aporte al Debate N° 14, diciembre 2004, disponible [en línea] en <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/article-71195.html>, 38 pp.

GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio: *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2000, 64 pp.

GIL Y GIL, José Luis: “Poder directivo y apariencia externa del trabajador”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 2, 2005, pp.211-236.

_____ “Principio de protección de la vida privada y ejercicio profesional”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, N°. 4, 1994-1995, pp.81-104.

GOERLICH PESET, José María: “Las libertades de expresión y de información en las relaciones laborales”, en *Las libertades de información y de expresión. Actas de las VII jornadas de la asociación de letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional, Madrid, 2002, pp.85-120.

GOLDIN, Adrián: “Conceptualización universal y construcciones locales sobre la idea del Derecho del Trabajo”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 2010, págs. 873-906.

GÓMEZ MONTORO, Ángel José: “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)”, en *Cuestiones constitucionales: Revista mexicana de derecho constitucional*, Nº. 2, 2000, pp. 23-71.

GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel: “25 años de jurisprudencia laboral del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 2010, pp. 501-522.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ Luis I. y SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés: *Curso de Derecho Internacional Público*, Thomson Civitas, Cuarta edición revisada, Navarra, 2008, 1140 pp.

GOÑI SEIN, José Luis: “Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos”, en *Justicia Laboral. Revista de derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, núm.39, 2009, pp.11-58.

_____ “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, en *Revista de derecho social*, núm. 32, 2005, pp.79-102.

_____ “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos”, en ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón y ESTEBAN LEGARRETA Ricardo (Coord.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Alicante, 2004, pp.49-87.

_____ *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Civitas, Madrid, 1988, 328 pp.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan e IGARTUA MIRÓ, María Teresa: “Libertad de información y contrato de trabajo. El problema de sus límites. A propósito de la STC 57/1999, de 12 de abril”, en *Aranzadi Social*, vol. V, 1999, pp. 945-974.

GOY, Raymond: “La garantie européenne de la liberté de religion. L’article 9 de la Convention de Rome”, en *Droit et religion*, volumen 38, 1993, pp.163-210.

GRAVEL, Eric y DELPECH, Quentin: “Normas del trabajo y complementariedad de los ordenamientos nacionales con el derecho internacional” en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 127 (2008), núm. 4, disponible [en línea] en http://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/s5_gravel.pdf, pp.447-461.

GRIMM, Dieter: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, 214 pp.

GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS - ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE, documentos de trabajo WP 48, *Dictamen 8/2001, sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral*, disponible [en línea] en http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2001/wp48_fr.pdf#h2-15.

_____ *Documento de trabajo WP 55 Relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, 5401/01/ES/Final*, disponible [en línea] en: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2002/wp55_es.pdf.

_____ *Documento de trabajo WP 89 Dictamen 4/2004 relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, 11750/02/ES*, disponible [en línea] en: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2004/wp89_es.pdf.

_____ *Documento de trabajo WP 185 Dictamen 13/2011 sobre los servicios de geolocalización en los dispositivos móviles inteligentes, 881/11/ES*,

disponible [en línea] en: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp185_es.pdf.

GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, 266 pp.

HABERMAS, Jürgen: “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, en HABERMAS, Jürgen: *La constitución de Europa*, Trotta, Madrid, 2012, pp.13-37.

HANSENNE, Michel: “Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento”, en *Boletín CINTERFOR*, No. 143, mayo-agosto 1998, pp.9-11, disponible [en línea] en http://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_articulo/bol2.pdf.

HEIDE, Ingeborg: “Medidas supranacionales contra la discriminación sexual. Igualdad salarial y de trato en la Unión Europea”, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118 (1999), núm.4, pp.425-460.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena: “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos” en *Estudios Constitucionales*, Año 6, Nº 2, 2008, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp.73-119.

HODGES-AEBERHARD, Jane: “La acción positiva en el empleo, un concepto espinoso para los tribunales”, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118 (1999), núm.3, pp.275-304.

HUNT, Lynn: “Orígenes revolucionarios de los derechos humanos”, en *Istor*, año V, número 19, México, invierno de 2004, pp.49-70, disponible [en línea] en http://www.istor.cide.edu/archivos/num_19/dossier3.pdf.

KELLERSON, Hilary: “La Declaración de la OIT de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales: Un reto para el futuro” en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 117

(1998), núm. 2, s/p, disponible [en línea] en http://training.itcilo.it/ils/foa/library/labour_review/1998_2/spanish/kellerson_es.html.

LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo: “La libertad religiosa en las relaciones laborales: factores de litigiosidad y supuestos conflictivos en clave contractual”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 28, 2012, pp.335-395.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando: “La prueba de la discriminación en el Derecho comunitario”, en *Revista de derecho social*, N° 60, 2012, pp.125-138.

_____ *El principio de transversalidad de la dimensión de género*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid (España), 2007, 156 pp.

MARÍN ALONSO, Inmaculada: “La facultad fiscalizadora del empresario sobre el uso del correo electrónico en la empresa: su limitación en base al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 75, 2004, pp.95-122.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando: “Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el Derecho Europeo”, en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando y FERNÁNDEZ LIESA (Dir. y coord.): *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Universidad Carlos III de Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, 633 pp.

MARTÍ SÁNCHEZ, José María: “Los conflictos por el uso de vestimentas religiosas en las relaciones escolares y laborales. Derecho europeo y español”, en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 28, 2012, pp.103-141.

MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa: “Recurso de amparo. Prohibición de discriminación por razón de sexo (embarazo) en el seno de la relación laboral”, en *Aranzadi Social*, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2005, par.33, pp.2643-2654.

MARTÍN VALVERDE, Antonio: “Libertad religiosa, contrato de trabajo y docencia de religión”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 138, 2008, pp.275-311.

MARTÍNEZ FONS, Daniel: “Art.18 Inviolabilidad de la persona del trabajador”, en REY GUANTER, Salvador del: *Estatuto de los trabajadores: comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, Segunda Edición, 2007, pp.377-388.

_____ *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2002, 374 pp.

MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio: “(In)Tolerancia”, en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, vol. 11, 2010, pp.293-372.

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: “La protección internacional de la libertad religiosa” en *Tratado de derecho eclesiástico*, EUNSA, Pamplona, 1994, pp.141-237.

MARTÍN-RETORTILLO Baquer, Lorenzo: “La libertad religiosa en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, Nº 26, 2010, pp.287-332.

_____ *Los derechos fundamentales y la Constitución y otros estudios sobre derechos humanos*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, 695 pp.

MATTEUCCI, Nicola: *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, trad. de ANSUÁTEGUI, Francisco Javier y MARTÍNEZ NEIRA, Manuel, Trotta, Madrid, 1998, 318 pp.

MEDINA QUIROGA, Cecilia: *Constitución, tratados y derechos esenciales*, Corporación de Reparación y Reconciliación, Santiago, Chile, 1994, 373 pp.

MESEGUER VELASCO, Silvia: “El derecho de libertad religiosa”, en JUSDADO RUIZ-CAPILLAS Miguel Ángel y CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago (Coord.): *Derecho eclesiástico del Estado*, Colex, Madrid, 2011, pp.83-110.

MIERES MIERES, Luis Javier: “La protección constitucional de los derechos a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones laborales: una visión desde la

jurisprudencia constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, Nº 99-100, 2014, pp.2083-2105.

MONEREO ATIENZA, Cristina: “Artículo 20. Igualdad ante la ley”, en MONEREO ATIENZA, Cristina y MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.): *La Europa de los Derecho. Estudio sistemático de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, 2012, pp.447-462.

_____ “Artículo 21. Principio de no discriminación”, en MONEREO ATIENZA, Cristina y MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.): *La Europa de los Derecho. Estudio sistemático de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, 2012, pp.463-480.

_____ “Artículo 23. Igualdad entre mujeres y hombres”, en MONEREO ATIENZA, Cristina y MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.): *La Europa de los Derecho. Estudio sistemático de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, 2012, pp.503-529.

MONTOYA MELGAR, Alfredo: “Sentencia 106/1996, de 12 de junio”, en ALONSO OLEA, Manuel y MONTOYA MELGAR, Alfredo: *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo XIV, 1996, Civitas, Madrid, 1997, pp.192 y ss.

MUÑOZ RODRÍGUEZ, María del Carmen: “Igualdad y no discriminación por razón de sexo, raza, religión, discapacidad, edad y orientación sexual”, en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, GÓMEZ-GALÁN, Manuel y DE FARAMIÑÁN GILBERT, Juan Manuel (Coord.): *Los derechos humanos en la sociedad global: mecanismos y vías prácticas para su defensa*, Cideal, Madrid, 2011, pp.133-200.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, 501 pp.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito: fundamentación y caracterización”, en *Ius et Praxis*, 2007, vol.13, n.2, pp.245-285.

_____ “La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Ius et Praxis*, Talca, v. 12, n. 2, 2006, pp.13-41.

_____ “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia” en *Ius et Praxis*, Año 9, n.1, 2003 Universidad de Talca, Talca, Chile, pp.403-466.

NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena: “Objeto y ámbito de la ley”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen y SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente (Dir.): “Comentarios a la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, Thomson Aranzadi, 2008, pp.45-83.

NÚÑEZ ENCABO, Manuel: “Europa y EE.UU.: dos conceptos divergentes de la libertad de expresión”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, vol. 9, 2008, pp.461-478.

NÚÑEZ POBLETE, Manuel Antonio: “Titularidad y sujetos pasivos de los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Público*, Año Vol. 63 Tomo I, 2001, pp.200-208.

OJEDA AVILÉS, Antonio e IGARTUA MIRÓ, María Teresa: “La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° 73, 2008, pp.147-171.

OLMEDO PALACIOS, Manuel: “La sentencia del TEDH en el asunto S.A.S. c. Francia [GC], núm. 43835/2011, ECHR 2014, sobre la prohibición del velo integral en lugares públicos”, en *Diario La Ley*, N° 8363, 2014.

ORENES RUIZ, Juan Carlos: “El TEDH condena a España por violar la libertad de expresión”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2011, pp. 157-160.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Domestic Workers Across the World: Global and regional statistics and the extent of legal protection*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2013, 146 pp.

_____ *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1A)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 86.a reunión, Ginebra 1998.

_____ *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008*, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 1B), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión, 2012, 428 pp.

_____ *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones 2013, Informe III (Parte 1A)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 102ª reunión Ginebra, 2013, 1002 pp.

_____ *Informe Mundial sobre Salarios 2012/2013: Los salarios y el crecimiento equitativo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2013, 116 pp., disponible [en línea] en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_195244.pdf

_____ *La hora de la igualdad en el trabajo*. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 91.a reunión, 2003. Informe I (B), disponible [en línea] en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_publ_9223128714_sp.pdf

_____ *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean.* Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 96.ª reunión, 2007. Informe I (B), disponible [en línea] en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf

_____ *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse, Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo,* Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011, Informe I (B), Ginebra, 2011, 78 pp.

_____ *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse.* Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo Conferencia Internacional del Trabajo. 100.ª reunión, 2011, Informe I (B), disponible [en línea] en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_166923.pdf

_____ *Normas de OIT y justicia social: Chile • Paraguay • Uruguay,* Oficina Internacional del Trabajo, Santiago, 2009, 621 pp.

_____ *Protección de los datos personales de los trabajadores. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT,* Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1997, 53 pp.

_____ *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo,* Quinta edición (revisada), Ginebra, 2006, 291 pp.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, CENTRO INTERNACIONAL DE FORMACIÓN, PROGRAMA DE LAS NORMAS Y DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO: *Utilización del derecho internacional por parte de*

los tribunales nacionales. Recopilación de sentencias, disponible [en línea] en http://training.itcilo.it/ils/CD_Use_Int_Law_web/Additional/Spanish/default.htm, 2007.

PACHECO ZERGA, Luz: *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Thomson Civitas, Madrid, 2007, 380 pp.

PAREJO ALFONSO, Luciano: “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 3, Septiembre/Diciembre 1981, pp.169-190.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Curso de Derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 1995, 722 pp.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: “Sobre el derecho a la propia imagen”, en *Revista Poder Judicial*, Nº 10, 1988, pp.75-82.

_____ *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, 139 pp.

PÉREZ DEL RÍO, Teresa “Introducción. Principios de discriminación indirecta y acción positiva. Estructura y Articulación de la negociación colectiva”, en PÉREZ DEL RÍO, Teresa (Dir.) et AL: *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Serie Estudios, núm. 50, Madrid, 1997, 325 pp.

_____ “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario”, en RUIZ PÉREZ, Esther (Coord.): *Mujer y trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2003, pp.281-319.

_____ *La prohibición de discriminación en las condiciones de trabajo*,, disponible [en línea] http://www.emakunde.es/images/upload/discrimina_1_c.pdf, 28 pp.

_____ Transversalidad de género y acción positiva en el ámbito comunitario, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, ISSN 1575-7048, N° 13, 2005 (Ejemplar dedicado a: Mujeres y mercado de trabajo), pp.35-51-Disponible también [en línea] en http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=1419453

PÉREZ DEL RÍO, Teresa; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Fernanda y REY GUANTER Salvador del: *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993, citado por VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: *Igualdad y no discriminación por razón de género*.

PÉREZ LUÑO, Antonio: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, 659 pp.

_____ *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 7ª Edición, Madrid, 1998, 234 pp.

PISARELLO, Gerardo: “Globalización, constitucionalismo y derechos” en CARBONELL, Miguel (ed.): *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007, pp.159-184.

_____ *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, Madrid, 2011, 222 pp.

PONCE MARTÍNEZ, Carlos Félix: “La declaración universal de derechos humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales internos” en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, N° 19-20, 2001-2002, pp.253-279.

PRECHT, Jorge Enrique: “Incorporación de las normas internacionales al ordenamiento chileno” en *Derecho Laboral. Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales* Tomo XLIII, núm 197 (enero-marzo 2000), Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pp.115-127.

_____ “Libertad religiosa”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 núm. 2, 2011, pp.389-390.

PRIETO SANCHÍS, Luis: “El constitucionalismo de los derechos”, en CARBONELL, Miguel (ed.): *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007, pp.213-235.

QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz: *Discriminación retributiva: diferencias salariales por razón de sexo*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996, 335 pp.

RAGONE, Sabrina: “Las relaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal de Justicia y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta de clasificación”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 8, núm. 16, julio-diciembre de 2011, pp.53-89.

RAWLS, John: *El Liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996 (trad. de DOMÈNECH, Antoni), 440 pp.

RENUCCI, Jean-François: *Droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., Paris, 2e édition, 2001, 688 pp.

REY MARTÍNEZ, Fernando: “El modelo europeo de lucha contra la discriminación y su incompleta incorporación en el ordenamiento español”, en NAVAS NAVARRO, Susana (Dir.): *Iguales y diferentes ante el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp.25-61.

_____ *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw Hill, Madrid, 1995, 138 pp.

RÍOS LABBÉ, Sebastián: *La protección civil del derecho a la intimidad*, Lexis Nexis, Chile, 2003, 176 pp.

RIVERO LAMAS, Jesús: “Jurisprudencia constitucional y garantía de los derechos fundamentales” en CASAS BAAMONDE, María Emilia, DURÁN LÓPEZ, Federico y CRUZ

VILLALÓN, Jesús (Coord.): *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006, pp.1027-1071.

RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio: “Dignidad, honor e intimidad en el trabajo”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 108, 2014, pp.133-163.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel: “25 años de Derecho del Trabajo en Relaciones Laborales”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 23-24, 2010, pp.1-34.

_____ “Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 2003, pp.55-68.

_____ “Derecho a la intimidad del trabajador y contrato de trabajo” en *Diario La Ley*, Nº 6033, Sección Doctrina, 4 Jun. 2004, Año XXV, s/p.

_____ “Derecho a la intimidad y relaciones laborales”, ponencia en *Seminario sobre tendencias de la protección jurídica de la intimidad (Privacidad y Relaciones Laborales)*, Universidad de Huelva, 10 de marzo de 2006, disponible [en línea] en <http://www.uhu.es/intimidadyderecho/Docs/ponencia.pdf>, 36 pp.

_____ “Igualdad y no discriminación en el empleo”, en *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, núm.1, 2001 Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, pp.463-488.

_____ “Intimidad del trabajador y contrato de trabajo”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 8, año XX, Tomo 1, 2004, pp.93-106.

_____ “Un importante paso en la tutela antidiscriminatoria”, en *Relaciones Laborales*, T. II 1985, pp.3-15.

ROMAGNOLI, Umberto: “Divagaciones acerca de la relación entre Economía y Derecho del trabajo”, en CASAS BAAMONDE, María Emilia; CRUZ VILLALÓN, Jesús y DURÁN LÓPEZ, Federico (Coord.): *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, 2006, pp.47-56.

_____ “Weimar, ¿y después?”, en *Jueces para la democracia*, núm.14, 1991, pp.3-8.

ROQUETA BUJ, Remedios: “El derecho a la intimidad de los trabajadores y el control audiovisual del empresario” en BOIX REIG Javier (Dir.), y JAREÑO LEAL, Ángeles (Coord.): *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, 2010, pp.405-460.

RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo: “Apuntes sobre la libertad de expresión y censura en Chile”, en *Revista Derecho y Humanidades*, núm.5, 1998, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, pp.21-51.

SÁEZ LARA, Carmen: *Mujer y trabajo: Documento de trabajo 37/2003*, disponible [en línea] en http://www.falternativas.org/base/download/3e14_12-09-05_37_2003.pdf , 65 pp.

SALDAÑA DÍAZ, María Nieves: “«The right to privacy». La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: el centenario legado de Warren y Brandéis”, en *Revista de derecho político*, núm.85, Madrid, 2012, pp.195-240.

SALVETTI, Marina: “La aplicación judicial del Derecho europeo en los veintisiete países de la Unión”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 8, núm. 16, julio-diciembre de 2011, pp.91-133.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo: “Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad (art. 8 CEDH)”, en *La Europa de los derechos: el Convenio europeo de derechos humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp.487-508.

SARTHOU, Helios: “Rasgos ontológicos generales de la libertad sindical”, en BUEN LOZANO, Néstor de y MORGADO VALENZUELA, Emilio (Coord.): *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Estudios doctrinales, núm. 188, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM 1997, pp.175-201.

SCIARRA, Silvana: “25 años de «Relaciones Laborales» en la doctrina europea”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 2010, págs. 661-680.

SEMPERE NAVARRO Antonio Vicente y CANO GALÁN, Yolanda: “Igualdad y discriminación en el Derecho comunitario: diferencias por género, tendencia sexual, edad y raza”, en *Derecho social europeo*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXIII, 2006, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp.203-239.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2002, 280 pp.

SEVERIN CONCHA, Juan Pablo “Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 173/2013, de 10 de octubre de 2013 [BOE n.º 267, de 7-XI-2013]. Nulidad de decisión extintiva en período de prueba de contrato de trabajadora embarazada”, en *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 2, Nº. 1, 2014, pp.368-370

SIMITIS, Spiros *et al*: *Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar*, Informe del grupo de expertos sobre derechos fundamentales, Comisión Europea, Bruselas, febrero de 1999, 19 pp.

STARCK, Christian, trad. ROCA María J.: “Derechos fundamentales y derecho privado”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22. Núm.66. Septiembre-Diciembre 2002, pp.65-89.

TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne: “Los derechos sociales en el contexto supranacional especial referencia a la jurisprudencia reciente del TJE y del TEDH”, en *Revista de derecho social*, núm. 50, 2010, pp.151-172.

THAZIB-LIE, B: "Interdiction of religious discrimination", en FLAUS, J.F. (ed.) *International Protection of Religious Freedom*, p.57-91.

THIBAUT ARANDA, Javier: *El control multimedia de la actividad laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 150 pp.

THOMAS, Constance, OELZ, Martin y BEAUDONNET, Xavier: "The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence, and practical implications" en GERNIGON, Bernard, JAVILLIER Jean-Claude y POLITAKIS Georges (editores): *Les normes internationales du travail, un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, OIT, Ginebra, 2004, pp 249-285.

TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro: "La libertad de pensamiento, conciencia y religión (Art. 9 CEDH).", en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y GARCÍA ROCA, Francisco Javier (Coord.) *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp.509-528.

TUR AUSINA, Rosario: "Igualdad y no discriminación por razón de Sexo en Naciones Unidas. Proceso de evolución hacia el género en el contexto de la mundialización de las estrategias para la igualdad de mujeres y hombres", en *Revista europea de derechos fundamentales*, núm.11, Valencia, 2008, pp.247-292.

UGARTE CATALDO José Luis: "La tutela de derechos fundamentales y el Derecho del Trabajo: de erizo a zorro", en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XX número 2, 2007, pp.49-67.

_____ "Los derechos fundamentales del trabajador y la buena fe en el debate español", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI, Valparaíso, 2011, 1er Semestre, pp.141-164.

_____ "Privacidad, trabajo y derechos fundamentales", en *Estudios constitucionales*, 2011, vol.9, n.1, pp.13-36.

_____ *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, Segunda Edición, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009, 102 pp.

UNIÓN EUROPEA: Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 22 de febrero de 2006, sobre la igualdad entre mujeres y hombres - 2005 [COM (2006) 71 final - Diario Oficial C 67 de 18.3.2006], disponible [en línea] en <http://europa.eu/scadplus/leg/es/cha/c10153.htm>.

_____ Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 14 de febrero de 2005, «Informe sobre la igualdad entre mujeres y hombres, 2005» [COM (2005) 44 - no publicado en el Diario Oficial], disponible [en línea] en <http://europa.eu/scadplus/leg/es/cha/c10315.htm>.

_____ Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 19 de febrero de 2004, «Informe de 2004 sobre la igualdad entre mujeres y hombres» [COM (2004) 115 - no publicado en el Diario Oficial], disponible [en línea] en <http://europa.eu/scadplus/leg/es/cha/c10934.htm>.

_____ Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM(2006) 92 final, disponible [en línea] en http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMfinal&an_doc=2006&nu_doc=92.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia” en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 2003, 89-102.

_____ “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2003, N° 2 pp.89-176.

_____ “La dimensión laboral de la libertad de expresión”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 1, 2004, pp. 81-93.

_____ “La libertad de expresión e información en la Carta de Niza”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 2, febrero de 2013, s/p (versión electrónica en <http://revistas.laley.es/>).

_____ “La prohibición de discriminación: una cualificada expresión del moderno «ius gentium»” en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2008, N° 5, pp. 1-14.

_____ “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de derecho comparado” en *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 17. Enero-Diciembre 2003, pp.499-528.

_____ “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, en CASAS BAAMONDE, María Emilia, CRUZ VILLALÓN, Jesús y DURÁN LÓPEZ, Federico (Coord): *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Madrid, La Ley, 2006, pp.565-614.

_____ “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2003, N° 2, pp.69-76.

_____ “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, en *Libro de Informes Generales, XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Montevideo, 2003, pp.37-160.

_____ “Los tribunales laborales en España y el Derecho Social comunitario: un diálogo emergente”, en *Actualidad laboral*, Nº 3, 1998, pp.813-828.

_____ “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en APARICIO TOVAR, Joaquín y BAYLOS GRAU, Antonio Pedro: *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992, pp.27-49.

_____ *Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral*, disponible [en línea] en http://www.ugt.es/Mujer/Escuela_Mujeres/ponencia_de_Fernando_Valdes.pdf, 25 pp.

VALENZUELA, María Elena y MORA, Claudia (Editoras): *Trabajo doméstico: un largo camino hacia el trabajo decente*, Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, 2009, 304 pp.

VÁLTICOS, Nicolas: “Normas internacionales del trabajo y derechos humanos. ¿Cómo estamos en vísperas del año 2000?”, en *Revista Internacional del Trabajo*, 117 (1998), No. 2, pp.153-166.

_____ *Derecho Internacional del Trabajo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1977, 558 pp.

VEGA RUIZ, María Luz y MARTÍNEZ, Daniel: *Los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Su valor, su viabilidad, su incidencia y su importancia como elementos de progreso económico y de justicia social*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002, 44 pp.

VICENTE PACHÉS, Fernando de: “Doctrina Constitucional sobre el derecho del trabajador a su propia imagen. Estudio de las sentencias del Tribunal Constitucional 170/1987, de 30 de octubre y 99/1994, de 11 de abril”, en *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, Nº 71, 1996, pp.43-50.

_____ *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1998, 383 pp.

VIDAL MARÍN, Tomás: “Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional”, en *InDret*, 1/2007, Barcelona, disponible [en línea] en http://www.indret.com/pdf/397_es.pdf, pp.1-18.

VIERA ÁLVAREZ, Christian: “Vida privada e idoneidad profesional. Comentario de la sentencia de la Corte Suprema de 17 de abril de 2008, causa rol nº 6.853-2007, confirma sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 27 de noviembre de 2007, causa rol nº 238-2007”, en *Jurisprudencia al Día*, Legal Publishing, núm. 95, 25 de junio al 8 de julio de 2008, pp.1141-1142.

_____ *La libertad de empresa y algunas limitaciones desde la perspectiva de un Estado social. Análisis comparativo de la Constitución española y chilena*, Tesis doctoral, Facultad de Derecho Universidad de Deusto, 2011, 555 pp.

VON POTOBSKY, Geraldo: “Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional” en GERNIGON, Bernard, JAVILLIER Jean-Claude y POLITAKIS Georges (editores): *Les normes internationales du travail, un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, OIT, Ginebra, 2004, pp.287-305.

WARREN Samuel D. y BRANDEIS, Louis D.: “*The right to privacy*”, en *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass, Vol. IV, 1890-91, núm.5, 15 de diciembre de 1890, pp.194-220, disponible [en línea] en <http://www.gutenberg.org/ebooks/37368>.

WEBER, Albrecht: “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, enero/abril de 2002, pp.79-97.

ZAGREBELSKY, Gustavo: “Jueces constitucionales”, en CARBONELL, Miguel (ed.): *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007, pp.91-104.

_____ *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, Décima edición, 2011, 156 pp.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco: “Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno: apostillas sobre Tratados y Constitución”, en *Revista de Derecho Político*, UNED, Nº 71-72, Madrid, 2008, pp.789-827.

SENTENCIAS CITADAS**A. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS¹³⁶⁰ (orden alfabético)**

- Aguilera Jiménez y otros c. España, núms. 28389/2006, 28955/2006, 28957/2006, 28959/2006, 28961/2006 y 28964/2006, sentencia de 8 de diciembre de 2009
- Ahmad. c. Reino Unido, núm. 8160/78, decisión de 12 de marzo de 1981
- Ahtinen c. Finlandia, núm. 48907/99, sentencia de 22 de septiembre de 2009
- Airey c. Irlanda, núm. 6289/73, sentencia de 9 de octubre de 1979
- Alexandridis c Grecia, núm. 19516/06, sentencia de 21 de noviembre de 2008
- Allan c. Reino Unido, núm.48539/99, sentencia de 5 de noviembre 2002
- Amann c. Suiza, núm. 27798/95, sentencia de 16 de febrero de 2000
- B. c. Francia, núm.13343/87, sentencia de 25 de marzo de 1992
- Barfod c. Dinamarca, núm. 11508/85, sentencia de 22 de febrero de 1989
- Bingöl c. Turquía, núm. 36141/04, sentencia de 22 de junio de 2010
- Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega, núm. 21980/93, sentencia de 20 de mayo de 1999
- Boldea c. Rumania, núm. 19997/2002, sentencia de 15 de febrero de 2007
- Burghartz c. Suiza, núm. 16213/90, sentencia de 22 febrero de 1994
- Buscarini y otros c. San Marino, núm. 24645/94, sentencia de 18 de febrero de 2009
- Campbell y Cosans c. Reino Unido, núm. 7511/76; 7743/76, sentencia de 25 de febrero de 1982
- Castells c. España, núm. 11798/85, sentencia de 23 de abril de 1992
- Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia, núm. 27417/95, sentencia de 27 de junio de 2000
- Copland c. Reino Unido, núm.62617/00, sentencia de 3 de abril de 2007
- Cornelia Popa c. Rumania, núm. 17437/03 de 29 de marzo de 2011
- Cumpăna y Mazăre c. Rumania, núm 33348/96, sentencia de 17 de diciembre de 2004
- Dahlab c. Suiza, núm. 42393/98, decisión de 15 de febrero de 2001
- Darby c. Suecia, núm. 11581/85, sentencia de 23 de octubre de 1990

¹³⁶⁰ Disponibles [en línea] en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#>

- De la Flor Cabrera c. España, núm. 10764/, sentencia de 27 de mayo de 2014
- Diego Nafría c. España, núm. 46833/99, sentencia de 14 de marzo de 2002
- Dogru c. Francia, núm. 27058/05, sentencia de 4 de diciembre de 2008
- Dudgeon c. Reino Unido, núm.7525/76, sentencia de 22 de octubre de 1981,
- Efstratiou c. Grecia, núm. 24095/94, sentencia de 18 de diciembre de 1996
- El Morsli c. Francia, núm. 15585/06, decisión de 4 de marzo de 2008
- “En relación con determinados aspectos de la ley sobre el uso de las lenguas en la educación en Bélgica” c. Bélgica, núm.1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, y 2126/64, sentencia de 23 de julio de 1968
- Eweida y otros c. Reino Unido, núms. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, sentencia de 15 de enero de 2013
- Fabris c. France, núm.16574/08, sentencia de 7 de febrero de 2013
- Fernández Martínez c. España, 56030/07, sentencia de 15 de mayo de 2012
- Fressoz y Roire c. Francia, núm. 29183/1995, sentencia de 21 de enero de 1999
- Friedl c. Austria, núm.15225/89, sentencia de 31 de enero de 1995
- Fuentes Bobo c. España, núm. 39293/98, sentencia de 29 de febrero de 2000
- Haldimann y otros c. Suiza, núm. 21830/09, sentencia de 24 de febrero de 2015
- Halford c. Reino Unido, núm.20605/92, sentencia de 25 de junio de 1997
- Handyside c. Reino Unido, núm. 5493/72, sentencia de 7 de diciembre de 1976
- Hasan y Chaush c. Bulgaria, núm. 30985/96, sentencia de 26 de octubre de 2000
- Hoffmann c. Austria, núm. 12875/87, sentencia de 23 de junio de 1993
- Huvig c. Francia, núm.11105/84, sentencia de 24 de abril de 1990
- Iglesia Metropolitana de Besarabia y otros c. Moldavia, núm. 45701/99, sentencia de 13 de diciembre de 2001
- Informationsverein Lentia y otros c. Austria, núm.13914/88, 15041/89, 15717/89, 15779/89, y 17207/90, sentencia de 24 de noviembre de 1993
- Janowski c. Polonia núm. 25716/94, sentencia de 21 de enero de 1999
- Jersild c. Dinamarca, núm. 15890/89, sentencia de 23 de septiembre de 1994
- Jerusalem c. Austria, núm. 26958/95, sentencia de 27 de febrero de 2001
- Johnston y otros c. Irlanda, núm.9697/82, sentencia de 18 de diciembre de 1986
- Kalaç c. Turquía, núm. 20704/92, decisión de 1 de julio de 1997
- Karlheinz Schmidt c. Alemania, núm.13580/88, sentencia de 18 de julio 1994
- Khan c. Reino Unido, núm.35394/97, sentencia de 12 de mayo de 2000

- Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca, núm. 5095/71, 5920/72 y 5926/72, sentencia de 7 de diciembre de 1976
- Klass y otros c. Alemania, núm. 5029/71, sentencia de 6 de septiembre de 1978
- Kokkinakis c. Grecia, núm. 14307/88, sentencia de 25 de mayo de 1993
- Konttinen c. Finlandia, núm. 24949/94, decisión de 3 de diciembre de 1996
- Kruslin c. Francia, núm. 11801/85, sentencia de 24 de abril de 1990
- Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido, núms. 21627/93, 21628/93 y 21974/93, sentencia de 19 febrero de 1997
- Lautsi y otros c. Italia, núm. 30814/06, sentencia de 18 de marzo de 2011
- Leyla Sahin c. Turquía, núm. 44774/98, sentencia de 10 de noviembre de 2005
- Lingens c. Austria, núm. 9815/82, sentencia de 8 de julio de 1986
- Malone c. Reino Unido, núm. 8691/79, sentencia de 2 de agosto de 1984
- Mamere c. Francia, núm. 12697/03, sentencia de 7 de noviembre de 2006
- Mann Singh, núm. 24479/07, decisión de 13 de noviembre de 2008
- Miroļubovs y otros c. Letonia, núm. 798/05, sentencia de 15 de diciembre de 2009
- Morice c. Francia, núm. 29369/10, sentencia de 23 de abril de 2015
- Movimiento Raeliano suizo c. Suiza, núm. 16354/06, sentencia de 13 de julio de 2012
- Müller y otros c. Suiza, núm. 10737/84, sentencia de 24 de mayo de 1988;
- Niemietz c. Alemania, núm. 13710/88, sentencia de 16 de diciembre de 1992
- Nilsen y Johnsen c. Noruega, núm. 23118/93, sentencia de 25 de noviembre de 1999
- Norris c. Irlanda, núm. 10581/83, sentencia de 26 de octubre de 1988
- Otegi Mondragón c. España, núm. 2034/07, sentencia de 15 de marzo de 2011
- Ozgür Gündem c. Turquía, núm. 23144/93, sentencia de 16 de marzo de 2000
- P.G. y J.H. c. Reino Unido, núm. 44787/98, sentencia de 25 de septiembre de 2001
- Palomo Sánchez y otros c. España, núms. 28955/2006, 28957/2006, 28959/2006 y 28964/2006, sentencia de 12 de septiembre de 2011
- Partido Socialista y otros c. Turquía, núm. 26482/95, sentencia de 12 de noviembre de 2003
- Peck c. Reino Unido, núm. 44647/98, sentencia de 28 de enero de 2003

- Peev c. Bulgaria, núm. 64209/01, sentencia de 26 julio de 2007.
- Perna c. Italia, núm. 48898/99, sentencia de 6 de mayo de 2003
- Perry c. Reino Unido, núm.63737/00, sentencia de 17 de julio de 2003
- Phull c. Francia, núm. 35753/03, decisión de 11 de enero de 2005
- Prado Bugallo c. España, núm.58496/00, sentencia de 18 de febrero de 2003
- Rasmussen c. Dinamarca, núm.8777/79, sentencia de 28 de noviembre de 1984
- Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros c. Turquía, núm. 41340/98, 41342/98, 41343/98 y 41344/98, sentencia de 31 de julio de 2001
- Reklos y Davourlis c. Grecia, núm. 1234/05, sentencia de 15 de enero de 2009
- S.A.S. c. Francia, núm. 43835/11, sentencia de 1 de julio de 2014
- Schuler-Zgraggen c. Suiza, núm.14518/89, sentencia de 24 junio de 1993
- Schwabe c. Austria, núm. 13704/88, sentencia de 28 de agosto de 1992
- Söderman c. Suecia, núm. 5786/08, sentencia de 12 de noviembre de 2013
- Stedman c. Reino Unido, núm. 29107/95, decisión de 9 de abril de 1997
- Steel y Morris c. Reino Unido, núm.68416/01, sentencia de 15 de febrero de 2005
- Stoll c. Suiza, núm.69698/01, sentencia de 10 de diciembre de 2007
- Sunday Times c. Reino Unido (1), núm.6538/74, sentencia de 26 de abril de 1979
- Sviato-Mykhailivska Parafiya c. Ucrania, núm. 77703/01, sentencia de 14 de junio 2007
- Taylor-Sabori c. Reino Unido, núm.47114/99, sentencia de 22 de octubre 2002
- Thlimmenos con Grecia, núm. 34369/97, sentencia de 6 de abril 2000
- Thlimmenoscon Grecia, núm. 34369/97, sentencia de 6 de abril 2000
- Thorgeir Thorgeirson c. Islandia, núm. 13778/88, sentencia de 25 de junio de 1992
- Uzun c. Alemania, núm. 35623/05, sentencia de 2 de septiembre de 2010
- Valenzuela Contreras c. España, núm.27671/95, sentencia de 30 de julio de 1998
- Valsamis c. Grecia, núm. 21787/93, sentencia de 18 de diciembre de 1996
- Van der Mussele c. Bélgica, núm. 8919/80, sentencia de 23 de noviembre de 1983
- VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suiza, núm.24699/94, sentencia de 28 de junio de 2001.

- Von Hannover c. Alemania núm.59320/00, sentencia de 24 de junio de 2004
- Wemhoff c. Alemania, núm. 2122/64, sentencia de 27 de junio de 1968
- X. c. Austria, núm. 1747/62, decisión de 13 de diciembre de 1963
- X. c. Reino Unido, núm. 6084/73, decisión de 1 de octubre de 1975
- X. c. Reino Unido, núm. 7992/77, decisión de 12 de julio de 1978
- X. c. Reino Unido, núm. 8010/77, decisión de 1 de marzo de 1979

B. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA¹³⁶¹ (orden alfabético)

- Abdoulaye y otros c. Régie nationale des usines Renault SA, C-218/98, de 16 de septiembre de 1999
- Afton Chemical Limited c. Secretary of State for Transport, C-343/09, de 8 de julio de 2010
- André Grootes c. Amt für Landwirtschaft Parchim, C-152/09, de 11 de noviembre de 2010
- Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse c. Wiener Gebietskrankenkasse, C-309/97, de 11 de mayo de 1999
- Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e.V. c. Monika Bötzel, C-360/90, de 4 de junio de 1992
- Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group, C-262/88, de 17 de mayo de 1990
- Bestuur van het Algemeen burgerlijk pensioenfonds c. G. A. Beune, C-7/93, de 28 de septiembre de 1994
- Bilka - Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz, 170/84, de 13 de mayo de 1986
- Boyle y otras c. Equal Opportunities Commission, C-411/96, de 27 de octubre de 1998
- Brunnhofer c. Bank der österreichischen Postsparkasse AG., C-381/99, de 26 de junio de 2001
- Bundesrepublik Deutschland contra Y, C-71/11, y Z, C-99/11, el 18 de febrero de 2011
- Busch contra Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG, C-320/01, de 27 de febrero de 2003

¹³⁶¹Disponibles [en línea] en <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es>

- Cadman c. Health & Safety Executive, C-17/05, de 3 de octubre de 2006
- Coleman c. Attridge Law y Steve Law, C-303/06, de 17 de julio de 2008
- Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte, C-61/81, 6 de julio de 1982
- Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte, C-165/82, de 8 de noviembre de 1983
- Comisión de las Comunidades Europeas c. República de Austria, C-203/03, de 1 de febrero de 2005
- Comisión de las Comunidades Europeas c. República de Francia, C-318/86, de 30 de junio de 1988
- Comisión de las Comunidades Europeas c. República Federal de Alemania, C-248/83, de 21 de mayo de 1985
- Comisión de las Comunidades Europeas c. República Francesa, C-197/96, de 13 de marzo de 1997
- Comisión de las Comunidades Europeas c. República Italiana, C-207/96, de 4 de diciembre de 1997
- Danfoss c. Dansk Arbejdsgiverforening, C- 109/88, de 17 de Octubre de 1989
- Defrenne c. Sabena, 43/75, de 8 de abril de 1976
- Dimossia Epicheirissi Ilektrismou (DEI) c. Efthimios Evrenopoulos, C-147/95, de 17 de abril de 1997
- Dory c. Bundesrepublik Deutschland, C-186/01, de 11 de Marzo de 2003
- EARL de Kerlast c. Union régionale de coopératives agricoles (Unicopa) y Coopérative du Trieux., C-15/95, de 17 de abril de 1997
- Edeltraud Elsner-Lakeberg c. Land Nordrhein-Westfalen, C-285/02, de 27 de mayo de 2004
- Edith Freers y Hannelore Speckmann c. Deutsche Bundespost, C-278/93, de 7 de marzo de 1996
- Elbal Moreno c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), C-385/11, de 22 de noviembre de 2012
- Enderby contra Frenchay Health Authority y Secretary of State for Health, C-127/92, de 27 de octubre de 1993
- Galina Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH, C-415/10, de 19 de abril de 2012

- Gillespie y otros c. Northern Health and Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board y Southern Health and Social Services Board, C-342/93, de 13 de febrero de 1996
- Grant c. South-West Trains Ltd., C-249/96, de 17 de febrero de 1998
- Griesmar c. Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation, C-366/99, de 29 de noviembre de 2001
- Helga Nimz c. Freie und Hansestadt Hamburg, C-184/89, de 7 de febrero de 1991
- Hill y Stapleton c. The Revenue Commissioners y Department of Finance, C-243/95, de 17 de junio de 1998
- Hofmann c. Barmer Ersatzkasse, 184/83, de 12 de julio de 1984
- Høj Pedersen c. Fællesforeningen for Danmarks Brugsforeninger y Dansk Tandlægeforening y Kristelig Funktionær-Organisation c. Dansk Handel & Service C-66/96, de 19 de noviembre de 1999
- Ingrid Rinner-Kühn c. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG., 171/88, de 13 de julio de 1989
- Jenkins c. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd., C-96/80, 31 de marzo de 1981
- Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, C-222/84, de 15 de mayo de 1986
- Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg, C-147/08, de 10 de mayo de 2011
- Kenny y otros c. Minister for Justice, Equality and Law Reform, Minister for Finance y Commissioner of An Garda Síochána, C-427/11, de 28 de febrero de 2013
- Kiiski c. Tampereen kaupunki, C- 116/06, de 20 de septiembre de 2007
- Kording c. Senator für Finanzen, C-100/95, de 2 de octubre de 1997
- Kowalska c. Freie und Hansestadt Hamburg, C-33/89, de 27 de junio de 1990
- Kreil c. Bundesrepublik Deutschland, C-285/98, de 11 de enero de 2000
- Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e.V. c. Johanna Lewark, C-457/93, de 6 de febrero de 1996
- Land Brandenburg y Ursula Sass, C-284/02, de 18 de noviembre de 2004
- Lewen c. Lothar Denda, C-333/97, de 21 de octubre de 1999

- Lutz Herrera c. Comisión de las Comunidades Europeas, T-219/02 y T-337/02, de 28 de octubre de 2004
- Macarthy Ltd c. Wendy Smith, C-129/79, de 27 de marzo de 1980
- Mangold, C-144/04, de 22 de noviembre de 2005
- Meerts c. Proost NV, C-116/08 de 22 de octubre de 2009
- Merino Gómez c. Continental Industrias del Caucho SA, C-342/01, de 18 de marzo de 2004
- Ministère public y Direction du travail et de l'emploi c. Jean-Claude Levy, C-158/91, de 2 de agosto de 1993
- Moroni c. Collo GmbH., C-110/91, de 14 de diciembre de 1993
- Murphy y otros c. An Bord Telecom Eireann, C-157/86, de 4 de febrero de 1988
- Office national de l'emploi c. Madeleine Minne, C-13/93, de 3 de febrero de 1994
- Olaso Valero y Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), C-520/03, de 16 de diciembre de 2004
- Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten, y Wirtschaftskammer Österreich, C-220/02, de 8 de junio de 2004
- P.c. S. y Cornwall County Council, C-13/94, 30 de abril de 1996
- Racke c. Hauptzollamt Mainz, C-283/83, de 13 de noviembre de 1984
- Rechnungshof c. Österreichischer Rundfunk y otros, Christa Neukomm, y Joseph Lauermann c. Österreichischer Rundfunk (acumulados), C-465/00, 138/01 y C-139/01, de 20 de mayo de 2003
- Roca Álvarez contra Sesa Start España ETT SA., C-104/09, 30 de septiembre de 2010
- Rodríguez Caballero, C-442/00, de 12 de diciembre de 2002
- Rummler c. Dato-Druck GmbH., 237/85, de 1 de julio de 1986,
- Sarkatzis Herrero c. Instituto Madrileño de la Salud, C-294/04, de 16 de febrero de 2006
- Seymour-Smith y Pérez c. Secretary of State for Employment, C-167/97, de 9 de febrero de 1999
- Sirdar c. The Army Board y Secretary of State for Defence, C-273/97, de 26 de septiembre de 1999

- Stadt Lengerich y otros/Helmig y otros, C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 y C-78/93, de 15 de diciembre de 1994
- Steinicke c. Bundesanstalt für Arbeit, C-77/02, de 11 de septiembre de 2003
- Stoeckel, C-345/89, de 25 de julio de 1991
- Ten Oever c. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf, C-109/91, de 6 de octubre de 1993
- Ursula Voß c. Land Berlin, C-300/06, de 6 de diciembre de 2007
- Vivien Prais c. Consejo de las Comunidades Europeas, C-130-75, de 27 de octubre de 1976
- Wippel c. Peek & Cloppenburg GmbH & Co KG C-313/02, de 12 de octubre de 2004
- Wood c. Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions, C-164/07, de 5 de junio de 2008
- Worringham y Humphreys c. Lloyds Bank Limited, C-69/80, de 11 de marzo de 1981
- Yvonne van Duyn c. Home Office, 41/74, de 4 de diciembre de 1974
- Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols c. Land Tirol, C-486/08, de 22 de abril de 2010
- Zoi Chatzi c. Ypourgos Oikonomikon, C-149/10, de 16 de septiembre de 2010

C. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS¹³⁶² (orden alfabético)

- Apitz Barbera y otros c. Venezuela, Serie C núm.182, sentencia de 5 de agosto de 2008
- Atala Riffo y niñas c. Chile, Serie C núm. 239, sentencia de 24 de febrero de 2012
- Barbani Duarte y otros c. Uruguay, Serie C núm. 234, sentencia de 13 de octubre de 2011
- Castañeda Gutman c. México, Serie C núm.184, sentencia de 6 de agosto de 2008
- Fernández Ortega y otros. c. México, Serie C núm.215, sentencia de 30 de agosto de 2010

¹³⁶² Disponibles [en línea] en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>

- “La Última Tentación de Cristo”, Olmedo Bustos y otros c. Chile, Serie C núm. 73, sentencia de 5 de febrero de 2001
- Rosendo Cantú y otra c. México, Serie C núm. 216, sentencia de 31 de agosto de 2010
- Testigos de Jehová c. Argentina, caso 2137, resolución de la Comisión de 18 de noviembre de 1978

D. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE¹³⁶³

- Sentencia rol núm. 28-1985, de 8 de abril de 1985
- Sentencia rol núm. 53-1988, de 5 de abril de 1988
- Sentencia rol núm. 346-2002, de 8 de abril de 2002
- Sentencia rol núm. 546-2006, de 17 de noviembre de 2006
- Sentencia rol núm. 561-2006, de 12 de enero de 2007
- Sentencia rol núm. 943-2007, de 10 de junio de 2008
- Sentencia rol núm. 834-2007, de 13 de mayo de 2008
- Sentencia rol núm. 1348-2009, de 27 de abril de 2010
- Sentencia rol núm. 1710-2010, de 6 de agosto de 2010
- Sentencia rol núm. 1894-2011, de 12 de julio de 2011
- Sentencia rol núm. 2153-2011, de 11 de septiembre de 2012

E. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA¹³⁶⁴ (ordenadas por fecha)

- Sentencia 5/1981, de 13 de febrero
- Sentencia 6/1981, de 16 de marzo
- Sentencia 9/1981, de 31 de marzo
- Sentencia 22/1981, de 2 de julio
- Sentencia 34/1981, de 10 de noviembre
- Sentencia 38/1981, de 23 de noviembre
- Sentencia 19/1982, de 5 de mayo
- Sentencia 24/1982, de 13 de mayo
- Sentencia 30/1982, de 1 de junio
- Sentencia 59/1982, de 28 de julio

¹³⁶³ Disponibles [en línea] en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/sentencias/busqueda-avanzada>

¹³⁶⁴ Disponibles [en línea] en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Busqueda/Index>

- Sentencia 73/1982, de 2 de diciembre
- Sentencia 99/1983, de 16 de noviembre
- Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre
- Sentencia 105/1983, de 23 de noviembre
- Sentencia 120/1983, de 15 de diciembre
- Sentencia 6/1984, de 24 de enero
- Sentencia 22/1984, de 17 de febrero
- Sentencia 34/1984, de 9 de marzo
- Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre
- Sentencia 13/1985, de 31 de enero
- Sentencia 19/1985, de 13 de febrero
- Sentencia 20/1985, de 14 de febrero
- Sentencia 26/1985, de 22 de febrero
- Sentencia 47/1985, de 27 de marzo
- Sentencia 88/1985, de 19 de julio
- Sentencia 95/1985, de 29 de julio
- Sentencia 104/1986, de 17 de julio
- Sentencia 159/1986, de 16 de diciembre
- Sentencia 167/1986, de 22 de diciembre
- Sentencia 128/1987, de 16 de julio
- Sentencia 165/1987, de 27 de octubre
- Sentencia 170/1987, de 30 de octubre
- Sentencia 6/1988, de 21 de enero
- Auto 30/1988, de 28 de enero
- Sentencia 56/1988, de 24 de marzo
- Sentencia 107/1988, de 8 de junio
- Sentencia 166/1988, de 26 de septiembre
- Sentencia 177/1988, de 10 de octubre
- Sentencia 209/1988, de 27 de octubre
- Sentencia 231/1988, de 1 de diciembre
- Sentencia 236/1988, de 12 de diciembre
- Sentencia 19/1989, de 31 de enero
- Sentencia 129/1989, de 17 de julio

- Sentencia 185/1989, de 13 de noviembre
- Sentencia 20/1990, de 15 de febrero
- Sentencia 105/1990, de 6 de junio
- Sentencia 120/1990, de 27 de junio
- Sentencia 126/1990, de 5 de julio
- Sentencia 171/1990, de 12 de noviembre
- Sentencia 172/1990, de 12 de noviembre
- Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre
- Sentencia 28/1991, de 14 de febrero
- Sentencia 64/1991, de 22 de marzo
- Sentencia 88/1991, de 25 de abril
- Sentencia 143/1991, de 1 de julio
- Sentencia 145/1991, de 1 de julio
- Sentencia 161/1991, de 18 de julio
- Sentencia 197/1991, de 17 de octubre
- Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre
- Sentencia 21/1992, de 14 de febrero
- Sentencia 28/1992, de 9 de marzo
- Sentencia 40/1992, de 30 de marzo
- Sentencia 85/1992, de 8 de junio
- Sentencia 219/1992, de 3 de diciembre
- Sentencia 223/1992, de 14 de diciembre
- Sentencia 229/1992, de 14 de diciembre
- Sentencia 240/1992, de 21 de diciembre
- Sentencia 3/1993, de 14 de enero
- Sentencia 7/1993, de 18 de enero
- Sentencia 14/1993, de 18 de enero
- Sentencia 15/1993, de 18 de enero
- Sentencia 109/1993, de 25 de marzo
- Sentencia 178/1993, de 31 de mayo
- Sentencia 286/1993, de 4 de octubre
- Sentencia 336/1993, de 15 de diciembre
- Sentencia 63/1994, de 28 de febrero

- Sentencia 99/1994, de 11 de abril
- Sentencia 143/1994, de 9 de mayo
- Sentencia 117/1994, de 25 de abril
- Sentencia 170/1994, de 7 de junio
- Sentencia 317/1994, de 28 de noviembre
- Sentencia 6/1995, de 10 de enero
- Sentencia 76/1995, de 22 de mayo
- Sentencia 130/1995, de 11 de septiembre
- Sentencia 139/1995, de 26 de septiembre
- Sentencia 4/1996, de 19 de febrero
- Sentencia 106/1996, de 12 de junio
- Sentencia 166/1996, de 28 de octubre
- Sentencia 186/1996, de 25 de noviembre
- Sentencia 177/1996, de 11 de noviembre
- Sentencia 186/1996, de 25 de noviembre
- Sentencia 207/1996, de 16 de diciembre
- Sentencia 3/1997, de 13 de enero
- Sentencia 90/1997, de 6 de mayo
- Sentencia 151/1997, de 29 de septiembre
- Sentencia 204/1997, de 25 de noviembre
- Sentencia 1/1998, de 12 de enero
- Sentencia 120/1998, de 15 de junio
- Sentencia 197/1998, de 13 de octubre
- Sentencia 57/1999, 12 de abril
- Sentencia 80/1999, de 11 de octubre
- Sentencia 90/1999, de 26 de mayo
- Sentencia 134/1999, de 15 de julio
- Sentencia 180/1999, de 11 de octubre
- Sentencia 201/1999, de 8 de noviembre
- Sentencia 202/1999, de 8 de noviembre
- Sentencia 241/1999, de 20 de diciembre
- Sentencia 6/2000, de 17 de enero
- Sentencia 11/2000, de 17 de enero

- Sentencia 21/2000, de 31 de enero
- Sentencia 98/2000, de 10 de abril
- Sentencia 110/2000, de 5 de mayo
- Sentencia 112/2000, de 5 de mayo
- Sentencia 115/2000, de 5 de mayo
- Sentencia 186/2000, de 10 de julio
- Sentencia 282/2000, de 27 de noviembre
- Sentencia 290/2000, de 30 de noviembre
- Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre
- Sentencia 297/2000, de 11 de diciembre
- Sentencia 46/2001, de 15 de febrero
- Sentencia 49/2001, de 26 de febrero
- Sentencia 81/2001, de 26 de marzo
- Sentencia 128/2001, de 4 de junio
- Sentencia 148/2001, de 27 de junio
- Sentencia 156/2001, de 2 de julio
- Sentencia 204/2001, de 15 de octubre
- Sentencia 20/2002, de 28 de enero
- Sentencia 41/2002, de 25 de febrero
- Sentencia 70/2002, de 3 de abril
- Sentencia 99/2002, de 6 de mayo
- Sentencia 185/2002, de 14 de octubre
- Sentencia 213/2002, de 11 de noviembre
- Sentencia 14/2003, de 28 de enero
- Sentencia 17/2003, de 30 de enero
- Sentencia 101/2003, de 2 de junio
- Sentencia 127/2003, de 30 de junio
- Sentencia 158/2003, de 15 de septiembre
- Sentencia 192/2003, de 27 de octubre
- Sentencia 58/2004, de 19 de abril
- Sentencia 101/2004, de 2 de junio
- Sentencia 151/2004, de 20 de septiembre
- Sentencia 196/2004, de 15 de noviembre

- Declaración 1/2004, de 13 de diciembre
- Sentencia 161/2005, de 20 de junio
- Sentencia 278/2005, de 7 de noviembre
- Sentencia 84/2006, de 27 de marzo
- Sentencia 89/2006, de 27 de marzo
- Sentencia 181/2006, de 19 de junio
- Sentencia 214/2006, de 3 de julio
- Sentencia 227/2006, de 17 de julio
- Sentencia 324/2006, de 20 de noviembre
- Auto 437/2006, de 29 de noviembre
- Sentencia 9/2007, de 15 de enero
- Sentencia 17/2007, de 12 de febrero
- Sentencia 38/2007, de 15 de febrero
- Sentencia 80/2007 a 90/2007, todas de 19 de abril
- Sentencia 128/2007, de 4 de junio
- Sentencia 209/2007, de 24 de septiembre
- Sentencia 230/2007, de 5 de noviembre
- Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre
- Sentencia 257/2007, de 17 de diciembre
- Sentencia 12/2008, de 29 de enero
- Sentencia 56/2008, de 14 de abril
- Sentencia 62/2008, de 26 de mayo
- Sentencia 59/2009, de 29 de junio
- Sentencia 23/2010, de 27 de abril
- Sentencia 26/2011, de 14 de marzo
- Sentencia 41/2011, de 11 de abril
- Sentencia 51/2011, de 14 abril
- Sentencia 117/2011, de 4 de julio
- Sentencia 173/2011, de 7 de noviembre
- Sentencia 12/2012, de 30 de enero
- Sentencia 24/2012, de 27 de febrero
- Sentencia 74/2012, de 16 de abril
- Sentencia 142/2012, de 2 de julio

- Sentencia 241/2012, de 17 de diciembre
- Sentencia 29/2013, de 11 de febrero
- Sentencia 170/2013, de 7 de octubre
- Sentencia 173/2013, de 10 de octubre
- Sentencia 216/2013, de 19 de diciembre
- Sentencia 18/2015, de 16 de febrero
- Sentencia 65/2015, de 13 de abril

F. TRIBUNALES ORDINARIOS DE CHILE (ordenadas por tribunal y fecha)

a) Corte Suprema

- SCS rol núm. 5234-2005, de 5 de enero de 2006
- SCS rol núm. 5755-2008, de 26 de enero de 2009
- SCS rol núm. 6853-2007, de 17 de abril 2008
- SCS rol núm. 2506-2009, de 9 de junio de 2009
- SCS rol núm. 6366-2011, de 15 de septiembre de 2011

b) Cortes de Apelaciones

- SCA de La Serena, núm. rol 1930, de 23 de febrero de 2001
- SCA de San Miguel, rol núm. 238-2007, 27 de noviembre de 2007
- SCA de Punta Arenas, rol núm. 72-2008, de 10 noviembre de 2008
- SCA de Santiago, rol núm. 7549/2005, de 27 de septiembre de 2006
- SCA de Santiago, rol núm. 808-2010, de 19 de octubre de 2010
- SCA de Santiago, rol núm. 4670-2010 (recurso de protección), de 31 de mayo de 2011
- SCA de Santiago, rol núm. 146986-2013 (recurso de protección), de 24 de febrero de 2014
- SCA de Santiago rol núm. 887-2014, de 19 de agosto de 2014
- SCA de Santiago, rol núm. 62241-2014 (recurso de protección), de 13 de noviembre de 2014
- SCA de Valparaíso, rol T-23-2013, de 5 de septiembre de 2013

c) Juzgados del Trabajo

- SJT de Chillán, núm. RIT T-3-2010, de 26 de agosto de 2010
- SJT de Copiapó, núm. RIT T-1-2008, de 15 de septiembre 2008

- SJT de Santiago (1º), núm. RIT T-113-2014, de 22 de mayo de 2014
- SJT de Santiago (1º), núm. RIT T-839-2014, de 25 de marzo de 2015
- SJT de Santiago (2º), núm. RIT T-652-2013, de 13 de abril de 2014
- SJT de Valparaíso, núm. RIT T-6-2013, de 16 de agosto de 2013
- SJT de Valparaíso, núm. RIT T-19-2009, de 15 de septiembre de 2010

G. TRIBUNALES ORDINARIOS DE ESPAÑA¹³⁶⁵ (ordenadas por tribunal y por fecha)

a) Tribunal Supremo

- STS núm. 7288/1989, de 13 de diciembre de 1989
- STS núm. 2045/1990, de 10 de marzo de 1990
- STS núm. 5012/1990, de 4 junio 1990
- STS núm. 5049/1990, de 11 de junio de 1990
- STS núm. 5531/1990, de 28 de junio de 1990
- STS núm. 10586/1990, de 20 de septiembre de 1990
- STS núm. 5830/1998, de 7 de julio de 1998
- STS núm. 7798/2003, de 5 de diciembre 2003
- STS núm. 739/2004, de 13 de julio de 2004
- STS núm. 6128/2007, de 26 septiembre de 2007
- STS núm. 3120/2011, de 19 de abril de 2011
- STS núm. 5259/2012, de 21 de junio de 2012
- STS núm. 693/2013, de 14 de febrero de 2013

b) Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ de Baleares núm. 958/2002, de 9 de septiembre de 2002
- STSJ de Cantabria núm. 4887/1994, de 14 de diciembre de 1994
- STSJ de Cantabria núm. 38/2007, de 18 enero de 2007
- STSJ de Castilla La Mancha núm. 796/2015, de 23 de marzo de 2015
- STSJ de Castilla La Mancha núm. 933/2015, de 30 de marzo de 2015
- STSJ de Castilla La Mancha núm. 1307/2015, de 28 de abril de 2015
- STSJ de Cataluña núm. 489/2011, de 7 de junio de 2011
- STSJ de la Comunidad Valenciana 1355/2001, de 25 septiembre de 2001
- STSJ de Madrid núm. 405/2011, de 20 de mayo de 2011

¹³⁶⁵ Disponibles [en línea] en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

- STSJ de Madrid núm. 3074/2014, de 21 de marzo de 2014
- STSJ de Murcia núm. 3487/1993, de 20 de julio de 1993

RESUMEN

Esta tesis, en primer lugar, revisa el surgimiento y desarrollo de la noción de derechos fundamentales, analiza su eficacia horizontal y, en particular, su exigibilidad en el ámbito de las relaciones de trabajo. A partir de ello, aborda la colisión entre los derechos fundamentales del trabajador y el ejercicio de las facultades empresariales –en tanto estas últimas correspondan también al ejercicio de un derecho fundamental– como un conflicto iusfundamental, atendiendo a las dificultades que se han presentado para arribar a tal comprensión, producto de una visión excesivamente contractualizada.

En segundo lugar, se revisa el proceso de internacionalización de los derechos fundamentales, examinando su reconocimiento en instrumentos de derechos humanos, universales y regionales, y en el sistema normativo de la Organización Internacional del Trabajo. Se analiza la incorporación de las normas internacionales sobre derechos fundamentales en los ordenamientos nacionales, la determinación de la relación entre los derechos reconocidos en el orden internacional y aquellos consagrados constitucionalmente como fundamentales y la clarificación del *status* o *locus* que ocupa la normativa internacional vigente en el orden interno, para culminar revisando el papel de los tribunales nacionales en la aplicación del Derecho internacional en el orden interno.

En la tesis se constata que el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales en la relaciones entre particulares y, en especial, en el ámbito de las relaciones de trabajo ha tenido un notable desarrollo en las últimas décadas. En el entendido que los derechos no son absolutos y pueden limitarse o restringirse frente a derechos, bienes y valores de rango equivalente, se destaca la relevancia de identificar y delimitar cada uno de estos derechos, junto con determinar las limitaciones de las que pueden ser objeto. La tesis pone de relieve que –en tal empeño– no solo habrá de atenderse a los ordenamientos internos, sino también considerar seriamente la normativa internacional y los criterios jurisprudenciales y de los órganos de control internacionales sobre tales derechos.

En la última parte, se realiza el análisis en particular de algunos derechos fundamentales de la persona del trabajador, considerando su reconocimiento en

instrumentos internacionales y la aplicación de dicha normativa por tribunales y órganos de control internacionales, en relación con la garantía que de los mismos se contempla en los ordenamientos de Chile y España y, en su caso, los criterios jurisprudenciales de los tribunales nacionales. En esta parte, en primer lugar, se trata la prohibición de la discriminación, centrando el análisis en la igualdad de hombres y mujeres y la interdicción de la discriminación por razón de sexo. En segundo lugar, se abordan las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión, realizando revisión más detenida de esta última, la libertad religiosa. En tercer lugar, se examina el derecho a la vida privada, intimidad o privacidad, junto a otros derechos vinculados a la tutela de la persona y de su dignidad, como son el derecho al secreto o inviolabilidad de las comunicaciones, el derecho a la autodeterminación informativa, el derecho a la propia imagen y el derecho al honor. En cuarto lugar, se analiza la libertad de expresión, considerando las dos manifestaciones más relevantes de este derecho como son la libertad de opinión –o libertad de expresión en sentido estricto– y la libertad de información. Respecto de cada uno de estos derechos se identifican importantes criterios para su delimitación y para la admisión o rechazo de límites a su ejercicio por el trabajador en el marco de las relaciones laborales.

ABSTRACT

The thesis analyses the arising and development of the meaning of fundamental rights, as well as their horizontal efficacy, particularly their exigibility in labour relations. From here on, it tackles the collision between the fundamental rights of the worker and the exercise of business rights –when they also concern the exercise of a fundamental right– as an iusfundamental conflict, considering the difficulties occurred in order to accomplish that comprehension, as a result of an excessively privatized conception.

Secondly, the fundamental rights process of internationalization is also analyzed –examining the recognition in regional and universal human rights instruments, as in the legal system of the International Labour Organization. This section, analyzes the incorporation of international rules on fundamental rights in national legal systems, the relation between rights in international order and those constitutionally enshrined as fundamentals and the clarification of their status in the internal legal system, ending with the revision of the role of national courts when applying the International Law in internal orders.

The thesis confirmed that fundamental rights recognition in the labor relations, has had a remarkable development in the last decades. Considering that rights are not absolute and they may be restricted or limited when confronted to others of an equivalent status, it is important to identify and delimit each one of them, determining their limitations. The thesis enhances that –in order to achieve this– not only the internal order must be seriously attended, but also the international regulations and jurisprudential and international supervisory bodies criteria.

Finally, a particular analysis of some worker's fundamental rights is accomplished, considering their recognition in legal international instruments and its application by international courts and supervisory organisms. It is considered, as well, the guarantee in the legal system both Chile and Spain and the jurisprudential criteria of the national courts. In this section, the prohibition of discrimination is tackled, focusing the analysis in the equality between men and women and the prohibition of

discrimination by reasons of sex. Secondly, liberties of thought, conscience and religion are studied, emphasizing religious liberty. In the third place, the right to a private life or privacy is examined, together with other linked rights, such as inviolability of communications, the right to informative self-determination, to self-image and to honour. On the fourth place, the freedom of expression is analyzed, considering the most relevant manifestations of this right, such as the freedom of opinion –or freedom of expression in its strict sense– and the freedom of information. For each one of these rights, important criteria are identified for the delimitation and the admission or rejection of its exercise limits by the worker.